

Le Juge d'Instruction civil et le Juge d'Instruction militaire

Étude comparée de leurs attributions
et de leurs pouvoirs

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 31 mai 1934, à heures

PAR

Louis DURBET

Président : M. HUGUENEY, professeur

*Suffragants : { M. MOREL, professeur
 { M. DONNEDIEU DE VABRES, professeur*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1934

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

Le Juge d'Instruction civil et le Juge d'Instruction militaire

Étude comparée de leurs attributions
et de leurs pouvoirs

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 31 mai 1934, à heures

PAR

Louis DURBET

Président : M. HUGUENEY, professeur

*Suffragants : { M. MOREL, professeur
 { M. DONNEDIEU DE VABRES, professeur*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1934

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les Thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



PRÉFACE

L'idée de faire une étude critique des pouvoirs des Juges d'Instruction militaires m'a hanté depuis qu'entré dans le corps des officiers de Justice Militaire à sa formation, j'ai eu à user de pouvoirs qui m'ont paru à première vue très grands, trop grands même, et qui, finalement, me paraissent peut-être insuffisants.

Un terme de comparaison pouvait être offert par la Justice Militaire d'autres pays, de ceux du moins où l'individu jouit de garanties devant l'exercice de la justice.

Les Justices Militaires des divers pays qui paraissaient de nature à mériter d'être prises comme terme de comparaison (Italie, Allemagne, Angleterre) sont organisées de façon trop différente pour que la comparaison puisse être féconde.

Les trois sortes de *Cours Martiales de l'Armée britannique*, hiérarchisées suivant la personne de l'inculpé (simple soldat, sous-officier, officier), et suivant l'importance des peines qu'elles peuvent infliger, semblent placer les garanties de l'inculpé plutôt dans la composition du tribunal que dans une limitation des pouvoirs du Juge d'Instruction.

Les *Conseils de Guerre de l'Armée allemande* organisés par la loi du 1^{er} décembre 1898 et l'arrêté du Conseil des délégués du peuple du 5 décembre 1918, modifié par la loi du 22 février 1926 (1), ne prévoient pas de procédure d'instruction présentant d'analogie avec celle prévue devant les Tribunaux Militaires français.

1. Sur la Justice Militaire en Allemagne voir l'ouvrage publié en 1926 par M. Fuhse, Conseiller privé au Ministère de la Reichwehr et intitulé *Militärstraf-Gesetzbuch un der Fassung der Bekanntmachung vom, 16 juin 1926*.

En *Italie*, depuis les ordonnances Diaz (Décrets royaux du 19 octobre 1923, n° 2316 et du 30 décembre 1923, n° 2903), le personnel de la Justice à qui incombent les fonctions de Commissaire-rapporteur devant les Tribunaux Militaires, militarisé pendant la guerre, se compose exclusivement de magistrats tirés de la magistrature ordinaire ayant le même statut juridique que les magistrats.

Aucune de ces législations n'offrait un terme de comparaison acceptable.

Aussi paraît-il plus judicieux de comparer les pouvoirs du Juge d'Instruction Militaire à ceux dont jouit dans notre législation le Juge d'Instruction de droit commun. Les travaux préparatoires de la loi du 9 mars 1928 semblent d'ailleurs y inviter ; le Rapporteur de la loi au Sénat affirme le désir de la Commission de réaliser l'assimilation entre les fonctions de Commissaire du Gouvernement et celles de Procureur de la République, entre les fonctions de Juge d'Instruction Militaire et celles de Juge d'Instruction de droit commun. Au cours de la discussion au Sénat le principe de cette assimilation fut acceptée sans protestation, et l'opposition s'est bornée à renchérir sur la solution admise, en demandant que l'instruction soit confiée au Juge d'Instruction de droit commun. Enfin le pouvoir exécutif par son Instruction du 16 octobre 1928 pour l'application de la loi du 9 mars 1928 affirme qu' « il y a une assimilation presque complète entre
« les fonctions de Commissaire du Gouvernement et celles
« de Procureur de la République, entre les fonctions du Juge
« d'Instruction Militaire et celles du Juge d'Instruction ordi-
« naire. Les rapports sont les mêmes entre le Commissaire
« du Gouvernement et le Juge d'Instruction Militaire qu'entre
« le Procureur de la République et le Juge d'Instruction de
« droit commun ».

L'intention du législateur est donc nettement affirmée : il a voulu l'assimilation.

Cette intention ne doit pas surprendre : au sortir de la grande tourmente dans laquelle se sont trouvés acteurs presque tous les Français, l'idée s'est ancrée, par sa logique même, que le soldat-citoyen, cellule de la Nation armée,

devait trouver devant les Tribunaux Militaires une procédure comparable à celle du droit commun.

Je me suis proposé de rechercher en ce qui concerne le Juge d'Instruction militaire jusqu'à quel point l'œuvre du législateur correspond à ses intentions.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE JUGE D'INSTRUCTION CIVIL ET LE JUGE D'INSTRUCTION MILITAIRE

Étude comparée de leurs attributions et de leurs pouvoirs

Introduction.

L'une des fonctions essentielles de l'Etat est le maintien de l'ordre public : c'est sa mission de police.

L'ordre public est l'ensemble des règles dictées pour la sûreté de la Société : il est l'expression de l'intérêt général.

Le maintien de l'ordre public ne peut être obtenu que par l'exacte application des règles posées par le législateur.

La *police administrative* a pour fonction de prévenir les infractions en exerçant une surveillance vigilante. La *police judiciaire* intervient, quand une infraction a été accomplie, pour la constater, en rassembler les preuves, en rechercher les auteurs et les livrer à la justice chargée de les punir.

Théoriquement, il est facile de distinguer les deux polices ; pratiquement il est souvent malaisé de préciser leur domaine respectif.

De même le rôle de la justice se confond assez souvent avec celui de la police judiciaire : les preuves rassemblées par la police judiciaire peuvent être utilisées par les juges appelés à se prononcer sur la culpabilité d'un individu, et à décider de la peine à appliquer.

Cependant l'exacte séparation des attributions de *police judiciaire* et celles de *justice* est une garantie pour l'individu, la meilleure garantie qu'il sera fait à l'infraction dont il a pu se rendre coupable l'exacte application des sanctions

prévues par la loi. De même la police administrative et la police judiciaire doivent rester nettement séparées : l'initiative de la répression est un pouvoir qui rapidement deviendrait oppressif pour l'individu, et dont il serait fait un usage suspect de partialité, s'il était exercé par ceux dont la fonction consiste à prévenir les infractions.

Aussi une question capitale en matière de répression pénale, est celle de savoir :

1^o Comment le procès pénal prendra naissance, à qui il appartiendra de mettre en mouvement la justice ?

2^o Le procès une fois né qui en aura la direction ?

Sur le premier point deux conceptions entièrement différentes sont en présence : ou bien, le droit de faire naître le procès peut être réservé uniquement au *pouvoir social* qui se saisira d'office de la poursuite ; ou bien, à l'opposé, ce droit peut n'être reconnu qu'aux *particuliers lésés par l'infraction* qui sont laissés juges de leurs propres intérêts : dans ce dernier système, le pouvoir social, pour faire œuvre répressive, attend une plainte ou une accusation, dont la victime de l'infraction a seule l'initiative.

Les deux mêmes conceptions s'opposent en ce qui concerne la conduite du procès pénal. Le juge comme représentant du pouvoir social, a, suivant la première conception, l'initiative des mesures à prendre pour la manifestation de la vérité ; ou bien, dans la deuxième conception, on laisse aux parties le soin de l'administration de la preuve et du choix, à cet effet, des moyens qui leur paraîtront les plus appropriés pour y parvenir.

La conception suivant laquelle l'initiative de la poursuite et la conduite du procès sont réservées aux autorités dépositaires du pouvoir social, porte le nom de *système inquisitoire* ; la conception qui abandonne ce double soin aux particuliers s'appelle système accusatoire.

Ces deux systèmes ont été tour à tour en faveur ; l'un et l'autre offrent des avantages et présentent des inconvénients.

Le *système accusatoire* est le premier apparu. Cette forme primitive de la procédure criminelle est inspirée directe-

ment de la vengeance privée ; ainsi s'affirme la communauté d'origine de la procédure civile et de la procédure criminelle. Toute faute provoque la vengeance de la victime, lui donne le droit d'infliger un châtement : c'est l'ère du délit privé.

Dans l'ordre social primitif, la réaction la plus énergique, la plus agissante que provoque l'infraction est le ressentiment de la *victime de cette infraction*. La peine tend avant tout à satisfaire ce ressentiment. Ce caractère de vengeance aboutit, par le jeu de la composition, à la réparation du préjudice subi.

Avec le progrès de la solidarité sociale, consécutive au développement social, l'accusation privée a d'abord fait place à l'*accusation populaire*. Cette transformation résulte de l'évolution des idées sur l'infraction : elle n'est plus considérée comme une offense privée, mais bien comme une atteinte au bon ordre et aux institutions de la Société.

Dans ce système, où à la base de toute poursuite, se trouve une accusation privée ou populaire, l'accusé se défend librement contre l'accusateur, sur un pied d'égalité. Il est d'essence de ce système que le débat soit oral et contradictoire ; le juge joue le rôle d'arbitre, les parties dirigent le procès pénal. La procédure est publique comme elle l'est dans le procès civil, qui prend, encore maintenant, son origine dans la poursuite d'un particulier.

Le pouvoir social devenant suffisamment fort, il a trouvé dans ses fonctions de police, le droit, pour défendre la Société, de *poursuivre d'office*, c'est-à-dire, en l'absence de plaintes des particuliers, même d'accusation populaire, les infractions venant à sa connaissance. Les pouvoirs de police administrative qu'il tirait de sa situation de pouvoir de fait, lui ont donné ceux de poursuite des délinquants : il est devenu accusateur populaire.

Dès lors les chances d'impunité ont été bien diminuées au plus grand avantage du maintien de l'ordre. Mais alors l'inculpé ne se trouve plus sur un pied d'égalité avec son adversaire dont la préoccupation dominante, il y a tout lieu de le craindre, ne sera pas de garantir l'égalité entre les

parties en cause, mais bien d'aboutir à tout prix à la répression dont il utilisera la vertu préventive pour assurer l'ordre social. Avec ce système, fatalement, l'information sera secrète, l'accusé sera même, la plupart du temps, mis en détention préventive, la procédure ne sera plus contradictoire, et l'inculpé sera opprimé par un adversaire plus puissant qui pourra même obliger tout citoyen à collaborer avec lui à la manifestation de la vérité. Ce système sert beaucoup mieux les intérêts de la Société que le système accusatoire, mais il offre l'inconvénient de réduire à l'extrême les droits de l'inculpé, et de faciliter les erreurs judiciaires : l'individu est sacrifié à l'intérêt social.

La *procédure inquisitoire* apparut en France progressivement ; d'abord introduite dans les cas exceptionnels, sous le nom de Procédure extraordinaire, elle se généralisa dans la justice royale à l'imitation de la procédure en usage devant la justice ecclésiastique, aux ^{xv^e} et ^{xvi^e} siècles et fut adoptée définitivement et codifiée en 1670 par la célèbre ordonnance sur la procédure criminelle.

Cette transformation s'explique par l'insuffisance de la répression sous l'empire du système accusatoire. L'accusation privée ou l'accusation populaire sont sujettes aux défaillances, d'autant plus nombreuses que le criminel occupait un rang social plus élevé. Le roi aurait pu parer aux inconvénients du système ancien en confiant à des procureurs le soin de suppléer à ces insuffisances. Le système inquisitoire lui fut préféré parce que plus conforme à la conception absolutiste du pouvoir royal ; des procureurs, ancêtres de notre ministère public, furent créés avec des pouvoirs judiciaires inquisitoriaux, et le droit de saisir les juridictions répressives. A cette époque où le roi avait un pouvoir croissant qui devint bientôt absolu, personne ne fut surpris de trouver un pareil système à la base de la répression pénale.

Ce même système devait prévaloir dans la répression des *crimes militaires*. Les armées sont soumises à des règles d'exception. Elles ont toujours eu des tribunaux spéciaux pour juger les faits militaires. Il est naturel que

devant les tribunaux militaires soit appliquée la procédure la plus favorable au maintien de l'ordre et de la discipline. C'est un premier argument tenant à la nature même des armées. On peut ajouter que, sous la monarchie absolue, les armées étaient à base de recrutement volontaire et l'on admettait que l'on refuse à de tels soldats, un régime répressif offrant des garanties, fût-il même accordé aux autres individus.

Avant 1789 le système inquisitoire était en usage tant devant les juridictions de droit commun, que devant les juridictions militaires. D'autre part, les abus de la procédure inquisitoire avaient provoqué au cours du xviii^e siècle des protestations véhémentes ; aussi une des premières tâches entreprises par l'Assemblée Constituante fût la *réforme de la procédure criminelle*.

Cette œuvre de réformation entreprise par le législateur révolutionnaire est intéressante à divers points de vue :

1^o Elle fut entreprise dans un esprit de *réaction* contre le système jusque-là en usage, donc elle va aboutir à une solution excessive. Le législateur révolutionnaire apprendra que l'œuvre de réformation d'une procédure est une question complexe. Aussi les remaniements seront nombreux et nous aurons à constater le retour, en définitive, à une solution, qui fera des emprunts importants au système proscrit de l'ordonnance de 1670 ;

2^o A cette même époque l'armée fut organisée suivant une conception toute nouvelle : aux armées de métier succèdent les armées nationales. L'évolution dans les procédures, celle du droit commun et celle d'exception des tribunaux militaires, s'opérera-t-elle parallèlement ? Etablira-t-on entre ces deux procédures des différences que ne permettait pas le régime rigoureux, généralisé, de l'ordonnance de 1670, ou bien, au contraire, les citoyens aux armées auront-ils toutes les garanties accordées aux autres citoyens ? Et le retour aux armées de métier avec la loi de 1818, va-t-il permettre le maintien aux soldats de profession, des garanties accordées aux citoyens ?

3^o Dans la lutte d'influence des systèmes de procédure, le système inquisitoire prévaudra dans la phase d'*instruction préparatoire*. Dès lors c'est surtout pendant cette phase que l'on va chercher le moyen d'accorder aux prévenus des garanties que le retour partiel au système de l'ordonnance de 1670 rendait nécessaires. Les pouvoirs du magistrat chargé de l'instruction préparatoire, seront délimités très étroitement.

Aussi paraît-il utile, pour cette étude comparée des pouvoirs actuels du Juge d'Instruction Civil et du Juge d'Instruction Militaire, de la faire précéder de l'étude historique des pouvoirs accordés à ces deux magistrats aux différentes époques et sous les divers régimes politiques et militaires.

Nous procéderons ensuite à l'étude des limitations apportées à leurs pouvoirs.

Ces limitations dépendent d'abord de *leur personne* : ils doivent offrir des garanties, du point de vue technique. Suivant la valeur de ces garanties le législateur pourra leur accorder des pouvoirs variables. D'autre part ils appartiennent l'un et l'autre à une hiérarchie qui les met sous la dépendance et la surveillance de supérieurs qualifiés pour les suivre dans l'exercice de leurs fonctions. Nous aurons donc à comparer à ce point de vue le Juge d'Instruction Civil et le Juge d'Instruction Militaire.

Par leurs fonctions ils s'interposent entre la poursuite des infractions et leur jugement. Ils tiennent leurs pouvoirs de celui qui a l'initiative de la poursuite et doivent préparer l'œuvre des juges qui ont le pouvoir de punir. Comment et par qui seront *saisis* les Juges d'Instruction Civil et Militaires ? Quelle sera l'étendue de leur saisine ?

Leur rôle d'établir les faits reprochés à l'inculpé, d'en rechercher les preuves, exige qu'on leur accorde des *droits sur la personne de l'inculpé*, droits limités au strict minimum nécessaire à la manifestation de la vérité. Quelles seront ces limites ? Le Juge d'Instruction Militaire ayant affaire à des inculpés soumis à la subordination militaire n'aura peut-être pas besoin de pouvoirs aussi étendus que

ceux du Juge d'Instruction Civil dont la compétence s'étend à des citoyens libres.

Les pouvoirs du Juge d'Instruction sont limités par les *droits de la défense*. Quels sont ces droits ? Le prévenu militaire qui comparait devant un Juge, son supérieur hiérarchique, n'aura-t-il pas un besoin d'aide plus impérieux que le prévenu ordinaire qui au point de vue social est l'égal du Juge d'Instruction Civil ?

Enfin, Juge d'Instruction Civil et Juge d'Instruction Militaire pourront recevoir un pouvoir de décision en ce qui concerne la mise en accusation. Il faut qu'ils puissent éviter les ennuis d'une comparution devant le tribunal, à un prévenu qui leur paraît innocent. Va-t-on leur laisser le pouvoir de se prononcer sur l'accusation quelle que soit la peine encourue ? Ce prévenu n'aura-t-il pas, ainsi que le parquet qui a l'initiative de la poursuite, le droit de faire appel des décisions du Juge d'Instruction devant une *juridiction supérieure* ?

Tels sont brièvement énoncés les points principaux que nous nous proposons de traiter.

* * *

Notre étude comprendra donc les points suivants :

CHAPITRE I. — *Historique des pouvoirs des Juges d'Instruction civil et militaire.*

CHAPITRE II. — *La personne du Juge d'Instruction civil et du Juge d'Instruction militaire.*

CHAPITRE III. — *La saisine du Juge d'Instruction civil et du Juge d'Instruction militaire.*

CHAPITRE IV. — *Les droits des Juges d'Instruction civil et militaire sur la personne de l'inculpé.*

CHAPITRE V. — *Les droits de l'inculpé devant le Juge d'Instruction.*

CHAPITRE VI. — *La limitation des pouvoirs des Juges d'Instruction civil et militaire par la juridiction d'instruction du second degré.*

CHAPITRE I

Historique de la procédure d'instruction

Dès qu'une affaire pénale est un peu complexe, la nécessité s'impose d'en faire précéder le jugement définitif d'une instruction préparatoire.

L'influence qu'aura le magistrat chargé de cette instruction sera variable suivant l'indépendance dont il jouira pour y procéder, et suivant l'importance que jouera dans la décision du tribunal, l'avis exprimé par le magistrat instructeur.

La procédure d'instruction est passée par plusieurs étapes.

Sous l'*Ancien Régime* cette partie de la législation pénale était réglée tant pour les tribunaux ordinaires que pour les tribunaux militaires par l'ordonnance de 1670.

L'*Assemblée Nationale* modifia profondément la procédure pénale. L'engouement qu'elle manifesta pour l'introduction du jury, lui fit abandonner momentanément l'institution laborieusement élaborée de l'instruction préparatoire.

Mais la réaction ne se fit pas longtemps attendre. L'organisation du *Code d'Instruction Criminelle* marque un retour vers le système de l'ordonnance de 1670, et la législation postérieure une faveur toujours croissante, pour l'instruction préparatoire.

Nous assistons à une évolution parallèle de la procédure pénale ordinaire et de la procédure pénale militaire.

§ 1.

LA PROCÉDURE CRIMINELLE DANS L'ORDONNANCE D'AOUT 1670.

Depuis que le titre de bailli ou sénéchal était devenu purement honorifique, le véritable organe de la justice criminel dans les provinces était le lieutenant criminel chargé, comme le Juge d'Instruction actuel, de la confection des procès criminels sur la plainte du Procureur du Roi, ou des parties lésées, ou même d'office ; il présidait en outre au jugement des affaires.

Le *Procureur du Roi* recevait les dénonciations, poursuivait, quand le fait lui semblait devoir entraîner une peine afflictive, donnait ses réquisitions écrites, au cours et à la fin du procès ; mais il ne pouvait informer lui-même, même en cas de flagrant délit, et il n'était pas comme le Procureur de la République actuel, le chef des officiers de justice préposés à la recherche et à la constatation des crimes et délits sous sa surveillance et sous ses ordres.

Les plaintes et dénonciations étaient faites au juge ou au Procureur du Roi dans les formes qu'a reproduites à peu près le Code d'Instruction Criminelle. Ces mêmes formes étaient suivies pour la constatation du corps du délit et l'audition des témoins. Cette procédure était secrète et était communiquée au Procureur du Roi avant que l'accusé (sauf le cas de flagrant délit) fût l'objet d'un mandat de justice.

Le *lieutenant criminel* saisi de la poursuite, délivrait les mandats de justice divers : décrets d'ajournement personnel, ordonnance d'assigné, décrets de prise de corps, à portée variable pour l'accusé, et dont l'usage était réglementé. La liberté provisoire s'appelait élargissement par provision : il était permis seulement par ordre des magistrats du siège, sur le vu des pièces du procès, des conclusions du Procureur du Roi.

Les accusés arrêtés devaient être conduits et régulièrement écroués : les Procureurs du roi surveillaient le régime des prisons par des visites hebdomadaires.

Le lieutenant criminel devait interroger le prisonnier, au plus tard, dans les vingt-quatre heures de son emprisonnement, à peine de tous dommages-intérêts. L'accusé *prêtait serment* avant d'être interrogé. Il devait répondre par sa bouche et sans le ministère d'un conseil. S'il y avait plusieurs inculpés, ils étaient interrogés séparément en présence du juge et du greffier seulement.

Toutes les pièces à conviction étaient présentées à l'accusé au cours de l'interrogatoire : ses déclarations étaient consignées sur un procès-verbal dont on lui donnait lecture et qu'il signait ainsi que le juge.

Telle était la première phase de la procédure ; lorsque le dossier était complet, il était communiqué au Procureur du roi qui requérait suivant qu'il avisait, et il était soumis à la Chambre du Conseil pour décision. Celle-ci pouvait ordonner que l'affaire soit réglée à l'extraordinaire : alors il était procédé au *récolement et à la confrontation*.

Les *témoins étaient récolés séparément et secrètement* par le lieutenant criminel ; après serment prêté et lecture faite de leurs dépositions, ils étaient interpellés de déclarer s'ils y persistaient ; on dressait de leurs dires un procès verbal. Les témoins qui se rétractaient après cette formalité étaient poursuivis comme faux-témoins.

La *confrontation* suivait le récolement : elle était également faite séparément et secrètement. Témoin et accusé étaient mis en présence, pretaient serment dans les mains du juge qui les interpellait de déclarer s'ils se connaissaient. Puis il était donné à l'accusé connaissance de l'état civil du témoin ; l'accusé devait fournir, sur-le-champ, ses reproches contre lui. Ensuite seulement, on lui donnait connaissance de la déposition : les observations de l'accusé et du témoin étaient consignées par écrit.

Les accusés étaient, dans la même forme, confrontés entre eux.

La procédure d'instruction se terminait ainsi. Ensuite commençait le jugement.

Les procès-verbaux de ces confrontations étaient les *éléments de conviction* qui devaient être remis avant le juge-

ment. L'ordonnance de 1670 avait maintenu, dernier vestige de la dureté des mœurs du moyen âge et du jugement de Dieu, la *question préparatoire* avec autorisation des parlements et seulement dans les affaires capitales. Louis XVI avait inauguré son règne par l'abolition de cette épreuve barbare.

Le tribunal, composé de trois juges au moins, en Chambre du Conseil, sans plaidoirie ni publicité, sur ces éléments de conviction examinait l'affaire. Le Procureur du Roi ne pouvait assister au jugement ; ses réquisitions étaient écrites non motivées.

Les juges devaient d'abord se prononcer sur les nullités de procédure. Les dépositions des témoins non récolés ni confrontés, n'étaient lues que si elles étaient à la décharge de l'accusé. Il était loisible aux juges d'ordonner le récolement et la confrontation des témoins dont les déclarations leur paraissaient importantes ; ils pouvaient d'office, ou sur la demande de l'accusé, ordonner la preuve des faits justificatifs.

L'accusé était *interrogé*, ensuite son interrogatoire rédigé par écrit. Et le tribunal donnait son opinion : l'avis le plus doux était admis sauf si le plus sévère prévalait de plus d'une voix. L'appel pouvait être demandé et il était de droit si la sentence portait condamnation à une peine corporelle ; il était jugé par le Parlement.

Cette procédure présentait des caractères essentiels suivants :

La procédure était *secrète*, tant l'instruction que le jugement. L'inculpé répondait des faits qu'on ne lui apprenait que pour provoquer ses aveux ; ignorant les dépositions exactes des témoins : il était appelé à s'expliquer sans les connaître. Il ne pouvait reprocher le témoin qu'alors qu'il ignorait tout de sa déposition. Il était à la merci du magistrat instructeur dont le rôle semblait plutôt, d'après la réglementation de la procédure, rechercher la preuve de la culpabilité que la manifestation de la vérité. Le magistrat pouvait ne consigner que les déclarations favorables à sa thèse, sans que personne ne puisse prendre la défense de l'inculpé.

La procédure était *écrite*. Seule cette procédure, qui pouvait être tendancieuse, fournissait au tribunal tous les éléments du jugement. Sans doute il pouvait bien ordonner le récolement et la confrontation des témoins, mais il ne pouvait les interroger lui-même. Il jugeait sur pièces.

Les *juridictions militaires*, à la fin de l'ancien régime, comprenaient les Conseils de guerre, les prévôts des maréchaux, la connétablie et les juges du point d'honneur.

Les infractions militaires étaient jugées presque exclusivement par les *Conseils de guerre*, composés de 7 officiers, présidés dans les garnisons par le commandant de place, en campagne par le commandant du régiment. Le major du régiment provoquait la réunion du Conseil de Guerre quand il avait terminé l'instruction (1). Il jouait devant les Juridictions Militaires le rôle joué devant les tribunaux ordinaires par le lieutenant criminel. Les commissaires des guerres exerçaient le ministère public.

Le rôle de la procédure d'instruction devant les tribunaux militaires est encore plus important que devant les tribunaux ordinaires en raison de la composition du tribunal. Aussi, dès avant la Révolution de 1789, on s'était élevé contre les abus de la Justice Militaire, la composition des Conseils de Guerre et les formes de la procédure.

§ II

LA PROCÉDURE D'INSTRUCTION PENDANT LA PÉRIODE INTERMÉDIAIRE.

La procédure pénale fut très largement attaquée dans les *Cahiers des Etats généraux*. Il est intéressant d'étudier les

1. Une fois la plainte portée et l'ordre d'informer obtenu du commandant de la province ou du roi en certains cas (quand le prévenu était officier) l'information, l'interrogatoire, le récolement des témoins, la confrontation, etc... devant se faire en deux fois vingt-quatre heures au plus, à moins de circonstances extraordinaires (ordonnance de 1768).

demandes que formulait le pays. Les trois ordres sont presque toujours unanimes sur les points importants.

Tout d'abord, c'est la *publicité* des procédures qui est réclamée (1). Les trois ordres sont également unanimes à réclamer *l'assistance d'un conseil*; parfois, on demande cette assistance dès le début de la procédure; ailleurs on veut que le défenseur intervienne seulement après l'interrogatoire de l'accusé.

Le *serment* imposé aux accusés doit être aboli (2). Le tiers de la Ville de Paris juge le serment contraire au sentiment naturel qui attache l'homme à sa propre conservation. Le Clergé (Douai) demande cette suppression car le serment l'« oblige au parjure ».

Ainsi, la défense et l'accusation seront mises sur le même pied; dès le début, l'accusé pourra proposer et prouver les faits qui sont à décharge; le magistrat instructeur n'aura plus la possibilité « d'acculer dans le dernier recoin du procès les faits justificatifs » (3).

Les cahiers demandent la *restriction des pouvoirs immenses du Juge d'Instruction*. On ne veut plus que celui-ci, à lui seul, prononce le règlement à l'extraordinaire, lance les décrets, confronte et récole, rassemblant ainsi les pièces sur lesquelles se décidera tout le procès.

Les cahiers de la Noblesse de Blois s'expriment ainsi: « Un juge qui entend les témoins en première instance et reçoit les dépositions est souvent un juge peu instruit, quelquefois prévenu; l'arrêt de mort, dès lors, est déjà prononcé contre l'accusé, sans qu'il puisse espérer s'y soustraire, puisque le tribunal ne juge que sur la procédure ».

Aussi trouvons-nous encore des cahiers nombreux qui, soit pour procéder aux interrogatoires, soit pour rendre les

1. Voir résumé des cahiers par Prudhomme, 3 vol. 1789; Cahiers du Tiers, Ville de Paris, Prudhomme, III, p. 159; Prudhomme, III, p. 588; II, p. 387. Noblesse, Ville de Paris, Prudhomme, II, p. 145; Clergé, Mantes et Meulan.

2. Prudhomme indique dans ce sens l'unanimité des Cahiers du Tiers, III, 548, et les cahiers du Clergé de 91 baillages, I, 335.

3. *Histoire de la procédure criminelle en France*, par A. Esmein. Paris, 1882.

décrets, demandent l'assistance de deux ou trois juges, ou même l'intervention du siège tout entier (1).

1^o *L'organisation provisoire.*

L'*Assemblée Nationale* dans la nuit du 4 août 1789, décréta entre autres réformes, l'abolition des juridictions seigneuriales, l'établissement prochain d'une justice gratuite, et la suppression de la vénalité des offices. La conséquence de ces promesses, c'était la reconstitution en entier de l'ordre judiciaire, que l'*Assemblée* décréta le 14 mars 1790 ; c'était la suppression de l'ancienne magistrature, sacrifiée malgré ses anciens et patriotiques services, et, bien qu'elle eût, par sa résistance, préparé la voie à toutes les améliorations désirées.

Il ne suffisait pas de détruire, il fallait reconstruire. Tâche plus difficile qui occupa longuement l'*Assemblée* : elle dut s'y prendre à plusieurs fois.

Le *Comité de constitution* fit diligence. Dès le 17 août, les bases d'une nouvelle organisation étaient posées et le Comité faisait soumettre à l'*Assemblée* son système par Bergasse son Rapporteur (2).

Des principes posés, il tirait en ce qui concerne la justice criminelle, les conclusions suivantes : « l'instruction des affaires criminelles devait toujours être publique et les juges responsables de leurs jugements, car, agissant en public, couverts des regards du peuple, il serait rare qu'ils osassent mal faire, et leur pouvoir serait soumis à la puissance redoutable de l'opinion. Néanmoins, comme une nation où les juges ne répondraient pas de leurs jugements serait bien vite esclave, cette responsabilité devait être proclamée, sauf à la loi à la déterminer de façon à ne pas gêner leur liberté d'action ».

Ce qui d'abord avait préoccupé l'*Assemblée*, c'étaient les

1. Selon Prudhomme, II, 399, les cahiers de la Noblesse sont unanimes pour demander qu'un juge ne puisse jamais seul rendre un décret de prise de corps.

2. *Moniteur*, 1789, p. 170 et suivantes.

empiètements et la trop grande puissance de l'*ancienne magistrature*. La publicité qu'elle voulait imposer à l'instruction criminelle, était bien de nature à prévenir les anciens abus. Elle était fort offusquée des abus des institutions existantes, plus que préoccupée de les remplacer par de plus parfaites. Ce fut en matière de justice criminelle comme sur beaucoup de points, la faiblesse de l'Assemblée de se laisser aller à désorganiser et à détruire sans avoir rien à mettre à la place.

Les événements qui se précipitaient ne permirent pas à l'Assemblée de discuter le rapport de Bergasse. Les 8 et 9 octobre elle adopta sur le rapport de Beaumetz un décret en 28 articles sur la *réformation provisoire* de la procédure criminelle ; œuvre hâtive (1) laissant beaucoup à désirer, qui dut être complétée par un décret interprétatif en 14 articles adopté le 22 avril 1790.

Avec les décrets de 1789 et 1790, c'était toujours l'*ordonnance de 1670* qui restait en vigueur. C'était toujours la procédure écrite et compliquée, mais les pouvoirs du magistrat instructeur étaient considérablement amoindris. L'information, les décrets, l'interrogatoire, le règlement à l'extraordinaire, le recolement, la confrontation, le rapport du procès, le dernier interrogatoire : tout survit.

L'élément nouveau ajouté à l'œuvre ancienne, c'était la *défense* permise et assurée, c'était une large *publicité* de la procédure dirigée contre la magistrature. Le législateur n'a pas voulu introduire le plein jour dès les premiers actes de la poursuite et de l'instruction. Il a jugé opportun de ne pas donner l'éveil à tous les intéressés, dès le moment où l'on cherche encore des preuves qu'il est facile de dissimuler. La plainte, la dénonciation se produiront encore en secret (art. 6). A la publicité, dangereuse en ces premiers instants, on substitue une autre garantie : on donne

1. L'Assemblée avait chargé son Comité de lui apporter dans les trois jours une déclaration provisoire statuant sur la publicité de la procédure criminelle et l'admission des preuves justificatives et d'un conseil. Le rapport fut présenté le 29 septembre par Beaumetz et le décret était rendu sans discussion les 8 et 9 octobre 1789.

au juge des *adjoints*, citoyens nommés par les communautés d'habitants. Ils seront chargés d'assurer le *contrôle de l'opinion publique*. Ils en prêtent serment ; ils prêtent également serment de garder le secret. Le public est présent en leur personne ; ils remplacent ainsi le conseil de l'inculpé. Aussi, dès que la publicité sera établie, le conseil interviendra directement et ils se retireront.

Dans le cas de plainte, deux témoins doivent accompagner le plaignant ; leur présence est constatée dans l'ordonnance qu'ils doivent signer avec le juge à peine de nullité. Dans le cas de poursuite d'office, les adjoints doivent recevoir du Procureur du Roi déclaration du dénonciateur s'il y en a un : il doit être connu du juge et des adjoints à l'information avant qu'elle soit commencée (art. 4). Ils assistent à la rédaction des procès-verbaux à peine de nullité (art. 5). Ils assistent à l'information et entendent les témoins (art. 6). Enfin, ils sont tenus, en leur âme et conscience, de faire au juge les observations tant à charge qu'à décharge, qu'ils trouveront nécessaires pour l'explication des dires des témoins ou l'éclaircissement des faits déposés (art. 7). Ainsi, en tout acte de cette procédure d'information préparatoire, le Juge d'Instruction agit sous le contrôle de deux témoins dont le rôle est d'assurer la recherche des faits et dépositions favorables à l'inculpé.

La *deuxième phase de la procédure*, l'instruction, prend son début dans les *décrets*. La loi donne en ce point satisfaction aux demandes des cahiers : « les décrets de prise de corps ne pourront être rendus contre des domiciliés, que s'il s'agit d'un crime pouvant entraîner peine corporelle » et « les décrets d'ajournement personnel ou de prise de corps ne pourront plus être prononcés que par trois juges au moins ou par un juge et deux gardiens » (art. 9). Encore, sur ce point, les pouvoirs du juge sont singulièrement réduits : la présence de trois juges est une garantie de la liberté individuelle.

Dès que l'inculpé a répondu ou est capturé, la procédure devient *publique*, et il a l'assistance d'un conseil de son choix ou désigné d'office (art. 10 et 12). Le juge fait lire à

l'inculpé la plainte, la déclaration du nom du dénonciateur, les procès-verbaux et rapports : le dossier complet (art. 12). Le conseil est choisi ou désigné (art. 13) et l'interrogatoire ne pourra commencer que le jour suivant.

L'inculpé répondra le lendemain à l'interrogatoire *sans prêter* serment sauf le cas où voulant alléguer des reproches contre un témoin on exigera de lui le *juramentum calomniæ*. Aussitôt après on lui donnera *copie* de toutes les pièces de la procédure. D'ailleurs, en tout temps, son conseil a pu voir les minutes (art. 14). Et dès lors, la procédure devient entièrement publique : la suite de l'information se fait en présence de l'accusé (art. 15) qui peut, après leur déposition, interpellier les témoins. D'ailleurs, les aveux, variations ou rétractions du témoin en ce premier instant, ne le faisaient point réputer faux-témoin (art. 16).

Il y avait lieu alors, comme avec l'ordonnance, au règlement à l'extraordinaire. Mais, nouvelles restrictions aux pouvoirs du Juge d'Instruction « les procès criminels ne pourront plus être réglés à l'extraordinaire que par trois juges au moins » (art. 17). Requement des témoins, confrontation, se faisaient en *présence de l'accusé et son conseil*. Mais ce dernier ne pouvait « parler au nom de l'accusé, ni lui suggérer ce qu'il doit dire ou répondre » (art. 18).

La *liberté de la défense* était complète, « les reproches contre les témoins pourront être proposés et prouvés en tout état de cause, tant après qu'avant la connaissance des charges et l'accusé sera admis à les prouver, si les juges les trouvent pertinents et admissibles » (art. 17). L'accusé peut aussi « proposer en tout état de cause ses défenses et faits justificatifs ou d'atténuation, et la preuve sera reçue de tous ceux qui seront jugés pertinents, et même du fait de démence, quoiqu'ils n'aient point été articulés dans son interrogatoire et autres actes de procédure. Les témoins, que l'accusé voudra produire, sans être tenu de les nommer sur le champ, seront entendus publiquement et pourront l'être en même temps que ceux de l'accusateur, sur les continuations ou additions d'informations » (art. 19). Enfin, ce n'est plus seulement le ministère public qui peut

citer les témoins et l'inculpé n'a plus à en obtenir qu'il consente à citer les témoins à décharge. Il peut « les appeler à sa requête », mais il doit agir dans « les trois jours du jugement qui admettait la preuve » (art. 20).

Par contre, la procédure conservait encore son caractère ancien de *procédure écrite*. Tous ces actes étaient accomplis devant le Juge d'Instruction et étaient consignés dans des pièces qui constituaient le dossier du procès. D'où cette conséquence que l'affaire se présentait compliquée, et de ce fait nécessité du rapport. Sans doute un dernier interrogatoire devait avoir lieu à l'audience publique, « l'inculpé ne comparaitra à cette audience qu'au moment de l'interrogatoire après lequel il sera reconduit s'il est prisonnier » (art. 21), mais les bases du jugement étaient le rapport du procès et les conclusions motivées du ministère public.

Autre modification considérable, l'accusé absent était représenté par son *défenseur*, lui toujours présent à l'audience qui peut élever la voix et soutenir la défense en face de l'accusation. « Le conseil pourra être présent pendant la séance entière et parler pour la défense après le rapport fini, les conclusions données et le dernier interrogatoire prêté ». C'était la résurrection des plaidoyers au criminel.

Ainsi la procédure de l'ordonnance se présentait sous des traits nouveaux. Les modifications avaient été longuement réfléchies : aussi, elle en sortait, après remaniement, harmonieusement combinée.

Pour la première partie du procès criminel, c'est-à-dire l'information, l'interrogatoire et le décret, elle se montre libérale, plus que ne le seront les lois postérieures. C'est que l'opinion va s'égarer dans une direction nouvelle. Au lieu de perfectionner l'œuvre bien française de l'ordonnance, on va emprunter aux Anglais leur jury. Les garanties de la défense seront établies sur le *jugement par jury* ; beaucoup regretteront que l'on ait abandonné celles résultant de l'organisation de la procédure d'information de 1789-1790.

2^o *L'introduction du jury.*

Par les décrets de 1789-1790 l'Assemblée Constituante avait fait une œuvre volontairement provisoire. En 1791 on promulgue une loi qui organise sur des bases toutes nouvelles la procédure criminelle. L'ordonnance de 1670 après cent-vingt ans de vigueur avait vécu. Les cahiers de 1789 avaient réclamé le jugement par jurés en matières criminelles ; l'Assemblée Constituante va réaliser ces vœux. Elle va doter la France, depuis cinquante ans les yeux tournés vers l'Angleterre, de l'institution du jury.

Le système de l'ordonnance conservait des partisans qui engagèrent une discussion longue, acharnée, au cours de laquelle furent exposées les difficultés de la transformation projetée.

Les partisans de l'ordonnance furent vaincus parce qu'on leur reprochait leur « conservatisme » ; on les considéra comme des protestataires contre des innovations hardies, importées de l'étranger. Cependant ils avaient largement raison : les institutions qu'ils voulaient sauver de la ruine ne tarderont pas à reparaitre et à se reconstituer ; ils prendront une revanche presque complète lors de la rédaction du Code d'Instruction Criminelle.

L'organisation définitive de la justice criminelle fut opérée par l'Assemblée Nationale Constituante, d'abord pour les tribunaux militaires par le décret du 27 septembre 1790, sanctionné le 29 octobre 1790, puis pour les tribunaux ordinaires par le décret du 16 septembre 1791, sanctionné le 29 septembre 1791. Le système fut organisé devant ces deux sortes de tribunaux, sur des bases absolument semblables.

Les principaux traits de la nouvelle organisation sont les suivants :

Une première phase que l'on peut appeler l'instruction sommaire se passe devant l'officier de police judiciaire ; un débat se déroule ensuite devant le jury d'accusation ; enfin une troisième phase, celle des débats définitifs d'où sortira le jugement, se déroule devant le jury de jugement.

La *phase d'instruction* sommaire devant les *tribunaux militaires* se déroulait sous l'action du *commissaire auditeur de guerre*. La loi désignait sous ce nouveau titre les commissaires ordinaires des guerres, dont les fonctions étaient à la fois administratives et judiciaires. L'ordonnance du 17 mars 1788 en réorganisant le corps, lui confirma ses fonctions judiciaires antérieures : police et discipline des troupes, ministère public près les conseils de guerre (1). Ils continuaient d'assurer ces fonctions sous la surveillance des commissaires ordonnateurs des guerres qui, dans leur rôle judiciaire, étaient désignés sous le titre de grands juges militaires. Il y avait un grand juge militaire par cour martiale et une cour martiale par grand arrondissement militaire.

Les commissaires auditeurs des guerres étaient chargés chacun de la *poursuite* des délits militaires dans l'étendue de son arrondissement particulier. Il y recevait les dénonciations et « était tenu de rendre plainte dans les vingt-quatre heures, de tous délits militaires prétendus commis dans l'étendue de son arrondissement et qui seront parvenus à sa connaissance par voie de dénonciation, par la clameur publique, ou autrement » (2). La poursuite lui est imposée.

Ils recevaient les *dénonciations*, qui devaient être signées par les chefs ou par toutes autres personnes de tout délit prétendu commis par des militaires en activité. Ils devaient avoir soin d'exiger du dénonciateur la déclaration circonstanciée des faits, la remise des pièces à conviction, et l'indication des témoins qui pouvaient servir à la preuve. Ils constataient immédiatement, par procès-verbal, le corps et les circonstances du délit, s'il avait laissé des traces permanentes.

Ils étaient tenus d'avertir, dès qu'ils en avaient connaissance, leur confrère de l'arrondissement voisin où un délit aurait été commis et de lui envoyer tous les renseigne-

1. Voir sur ce point *La législation militaire de la période révolutionnaire*, par A. Picq. Lavauzelle, éditeur. Paris, 1931, 4^e partie, Administration de l'Armée.

2. Décret des 22 sept.-29 oct. 1790, art. 30.

ment recueillis, notamment la copie de la dénonciation s'ils en avaient reçu une. Ils devaient de même avertir le magistrat civil, lui envoyer tous les renseignements recueillis s'ils avaient connaissance d'un délit civil commis par des militaires dans son arrondissement.

Le commissaire auditeur « dans le cas de porter plainte » la rédigeait par écrit. La plainte devait mentionner le nom du dénonciateur s'il y en avait un ; le commissaire la présentait au chef militaire de la garnison de qui il requerrait la convocation du jury d'accusation, et il devait être donné suite, sans délai, à sa réquisition.

Cette première phase de la procédure était toute entière sous la direction du commissaire ordonnateur. Elle se clôturait par la *plainte* ; le commissaire n'avait pas la possibilité de ne pas donner suite à la dénonciation ; de même le chef de la troupe devait convoquer le jury d'accusation.

Devant les *tribunaux ordinaires*, la phase d'instruction provisoire était sous la direction du *Juge de Paix* d'abord, du *directeur du jury* ensuite ; elle se déroulait au chef-lieu de canton d'abord, puis au district.

Le Juge de Paix avait le pouvoir de faire comparaître devant lui les prévenus de crime ou de délit au moyen du *mandat d'amener*. Il procédait aux premiers actes d'information : il entendait les témoins, dressait des procès-verbaux. S'il pensait qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre, il mettait l'inculpé en liberté ; sinon il le faisait incarcérer en vertu d'un mandat d'arrêt.

Le Juge de Paix pouvait agir *d'office* dans les cas de flagrant délit ou encore lorsqu'il avait connaissance d'une mort dont la cause était inconnue ou suspecte.

L'action pouvait également être mise en mouvement par une *plainte* ou une *dénonciation civile*. Le Juge de Paix conservait encore dans ce cas toute son initiative, mais l'action du particulier était plus énergique que jadis. En effet, le Juge de Paix ne pouvait pas refuser de prêter son ministère ; il devait sur la réquisition du plaignant recevoir les dépositions des témoins. Il n'était pas obligé de délivrer

le mandat d'arrêt ou d'amener. Mais le plaignant pouvait exiger de lui « un acte portant refus » ; il avait alors le droit de soumettre directement l'affaire au jury d'accusation. Le dénonciateur avait les mêmes droits que le plaignant pourvu qu'il signe sa dénonciation et l'affirme.

Le rôle du Juge de Paix s'arrêtait là ; l'instruction était poursuivie au district par le *directeur du jury*, désigné pour six mois parmi les juges du tribunal de district. Il recevait les pièces du dossier, les examinait, interrogeait le prévenu. S'il jugeait qu'il n'y avait pas lieu à accusation, il soumettait l'affaire, dans les vingt-quatre heures, au tribunal de district qui décidait après avoir entendu le Commissaire du Roi. S'il jugeait qu'il y avait lieu à poursuite, il continuait l'instruction ; dans le cas où la peine était seulement infamante et que caution soit offerte, il mettait le prévenu en liberté provisoire ; enfin, il rédigeait l'acte d'accusation.

Le dénonciateur ou plaignant pouvait suivre l'affaire. Le directeur du jury était-il d'avis de poursuivre, il devait accepter la *collaboration du dénonciateur* ou plaignant pour la rédaction du rapport. En cas de désaccord entre eux, celui-ci pouvait dresser le sien, et le jury choisissait entre les deux. Si le directeur du jury était d'avis de ne pas poursuivre, le plaignant pouvait néanmoins rédiger l'acte d'accusation : le tribunal de district ne pouvait décider la poursuite, la question était portée devant le jury.

Tous les actes d'accusation étaient soumis au *Commissaire du Roi* qui pouvait mettre son visa « la loi autorise » ou son veto « la loi défend » : dans ce dernier cas le tribunal de district décidait.

L'acte d'accusation terminait la phase d'instruction préparatoire. Cette première partie était menée par le Juge de Paix et le président du jury. Ils ont l'un et l'autre la faculté de clore par un non-lieu, tandis que le commissaire auditeur ne le pourrait pas ; on a augmenté leurs pouvoirs seulement pour entraver la répression. De même les pouvoirs maintenus au ministère public sont uniquement pour entraver la répression. En outre, ils n'ont pas le pouvoir de décision qui appartient toujours au tribunal de district. Tout

ceci est corrigé quelque peu dans les facultés de poursuite accordées au plaignant ou au dénonciateur.

La procédure dans cette première phase avait beaucoup perdu de son caractère *inquisitoire*. Elle s'était nettement orientée vers le système *accusatoire* alors que la procédure militaire restait surtout inquisitoire.

Le ministère public voit ses pouvoirs considérablement réduits. Le Procureur du Roi avait un simple droit *de visa des actes* d'accusation. Il pouvait entraver la répression, mais il était impuissant à la stimuler, du moins directement, car il importe de noter qu'il conservait « la surveillance sur tous les officiers de police du département qu'il pouvait avertir en cas de négligence de leur part, ou même traduire disciplinairement devant le tribunal criminel ». Il n'intervenait que le procès engagé, l'accusation décrétée. Ce qui pouvait faire dire à Dupont le Rapporteur du projet (séance du 26 décembre 1790, *Moniteur du 27*) : « Maintenant, c'est par la décision de ses concitoyens que le prévenu est accusé. La Société va remettre à un officier public la mission d'exercer ses droits et de le poursuivre en son nom. Cet officier, qui sera l'accusateur public, ne doit être aucun de ceux qui ont déjà agi..., un tel homme serait considéré plus redoutable que la loi..., il aura la surveillance de tous les officiers de la police ; mais jamais il ne pourra les suppléer dans l'exercice de leurs fonctions ». Le Procureur du Roi se présente comme l'avocat de la poursuite, disposant des simples pouvoirs d'un avocat.

C'est encore sous le même aspect que se présente le ministère public dans la deuxième *phase du procès criminel*, celle qui se déroule devant le *jury d'accusation*. Le pouvoir d'accusation est tout entier dans les mains de ce jury. Celui-ci composé de huit jurés était présidé et instruit de ses devoirs par le commissaire auditeur des guerres ou le président du jury, respectivement devant les tribunaux militaires ou devant les tribunaux de droit commun. Ce jury avait pour former son opinion la plainte rédigée par le commissaire auditeur, par le directeur du jury, ou le dénonciateur ou le plaignant. La plainte était lue par le commissaire ou le

directeur du jury ; les écrits à l'appui, s'il y en avait, étaient également lus et les pièces à conviction étaient présentées. Les témoins étaient entendus de vive voix ainsi que le plaignant ou dénonciateur : des questions pouvaient leur être posées. Tout cela avait lieu à huis clos. Enfin, le commissaire auditeur ou le président du jury résumait les dépositions et les jurés, seuls entre eux, répondaient aux deux questions relatives à l'existence du délit et à l'existence d'indices suffisants de culpabilité pour qu'il y ait lieu à suivre la plainte.

Si le jury admettait l'affirmative sur les deux points, le *prévenu devenait inculpé*. Le directeur du jury ou le commissaire auditeur délivrait l'ordonnance de prise de corps et se dessaisissait de l'affaire entre les mains du jury de jugement.

Les pouvoirs du magistrat instructeur dans cette phase de la procédure se bornaient à un droit de *direction* des débats rendue nécessaire par l'inexpérience du jury. Le magistrat n'avait aucun pouvoir de décision ; il entérinait les conclusions du jury et les transmettait avec l'inculpé au jury de jugement. Pendant cette deuxième phase, la procédure était orale et secrète.

L'affaire passait alors au *tribunal criminel* établi dans chaque circonscription militaire (Cour Martiale sous la direction d'un grand juge) ou dans chaque département.

Ce tribunal comprenait des juges qui devaient prononcer la peine, après que des *jurés* avaient tranché la question de fait. Auprès du tribunal de département se trouvaient aussi un accusateur public et un commissaire du roi.

Le premier, l'*accusateur public*, était un fonctionnaire électif chargé de « poursuivre les délits sur les actes d'accusation admis par les premiers jurés ». Il produisait les témoins à charge ; il exposait l'affaire. C'était l'avocat de l'accusation. Il avait les mêmes droits que la partie plaignante qui pouvait également faire entendre ses témoins et soutenir l'accusation. Le Commissaire du Roi assistait au jugement pour veiller à l'exécution de la loi et en requérir

l'application ; c'était lui qui en cas de verdict affirmatif requérait l'application de la peine.

Devant la cour martiale, le rôle de l'accusateur public et celui du Commissaire du Roi étaient tenus par le *commissaire auditeur* qui avait rédigé la plainte. A cet effet, le commissaire auditeur, qui avait transmis au grand juge la plainte avec la décision du jury d'accusation, requérait au grand juge l'ordonnance nécessaire pour achever et compléter l'instruction.

Encore, en ce point, d'une loi à l'autre, les pouvoirs du magistrat instructeur et du ministère public ont été considérablement réduits. Dans la seconde loi, les pouvoirs sont répartis entre deux personnes, dont l'un, l'accusateur public, est nommé à l'élection, modification résultant du besoin d'amoindrir la puissance du dépositaire de la poursuite.

Le Président du Tribunal criminel, ou le Commissaire Auditeur interrogaient l'accusé, le premier en présence de l'accusateur public, et note était prise de cet interrogatoire. Ils pouvaient continuer l'instruction, entendre les témoins produits même par l'accusé. Mais ces dépositions écrites étaient de simples renseignements ; elles n'étaient, en aucun cas, lues et remises aux jurés.

L'accusé était enfin traduit devant le *tribunal*, composé des magistrats et des jurés. Ici se déroulait une procédure *orale* très simple et publique. Les témoins étaient entendus, de vive voix. « Ils devaient examiner les pièces du procès parmi lesquelles il ne faut pas comprendre les déclarations écrites des témoins ». L'accusé pouvait proposer les motifs de suspicion qu'il pouvait avoir contre les témoins. L'accusé était également interrogé. C'est sur cette procédure que les jurés se formaient une opinion. Ils recevaient uniquement, comme pièces écrites, l'acte d'accusation, les procès-verbaux s'il y en avait et autres pièces semblables. L'accusateur public, ou le commissaire auditeur, soutenait le bien fondé de sa plainte ; l'inculpé, par l'organe de son défenseur, proposait les moyens d'atténuation de défense ou de justification. Et le président du tribunal proposait

aux jurés les *questions* auxquelles ils devaient répondre. La réponse des jurés faisait l'objet d'un procès-verbal.

Puis les juges composant le tribunal commençaient, immédiatement après la retraite des jurés, leur délibération. Suivant la réponse du jury ils décidaient que l'inculpé était déchargé de l'accusation, ou ils le condamnaient à $\frac{1}{2}$ telle peine en vertu de tel article de loi qu'ils devaient citer avec les motifs de son application. Le prononcé du jugement était public. La décision était sans appel.

* * *

La justice criminelle militaire subit le 12 mai 1793 et le 3 pluviôse an II (1) des modifications orientées vers *l'assimilation de la procédure militaire à la procédure du droit commun*.

La Convention Nationale le 12 mai 1793 supprima les cours martiales et les remplaça par des *tribunaux militaires* ambulants, à raison de deux pour chaque armée de la République. Tous les pouvoirs judiciaires qui appartenaient aux commissaires des guerres leur étaient enlevés ; ils étaient relégués dans les fonctions administratives. Leurs attributions judiciaires passaient à un personnel spécial choisi par le Conseil Exécutif, en dehors des militaires et des employés des armées.

La procédure subit des modifications intéressantes.

La poursuite ne fut plus obligatoire, « l'officier de police de sûreté, après avoir entendu le prévenu, rendra plainte,

1. Un décret de l'Assemblée nationale, relatif à la tenue des cours martiales et à la forme des jugements militaires en campagne, des 11 et 12 mai 1792 (sanctionné le 16 mai) organisa, sur la base prévue pour le temps de paix par la loi du 22 septembre-29 octobre 1790, les tribunaux militaires. Il suffit de signaler que les commissaires auditeurs anciennement chargés de la police correctionnelle constituent, en outre, dans l'organisation des 11 et 12 mai 1792 une juridiction. Ils remplissent les fonctions de Juges de Paix envers les gens de guerre ; ils jugent également les délits qui n'emportent pas la peine de la privation de la vie ou de la liberté. Ils devaient, pour rendre ces jugements, être assistés de deux commissaires ordinaires de guerre ou deux capitaines rentrés les derniers au camp.

s'il y a lieu ». En cela l'assimilation s'établit entre les pouvoirs du juge de paix civil et du juge de paix militaire. Son pouvoir fut accru encore du fait qu'il put poursuivre pour complicité le supérieur militaire qui ne dénoncerait pas les délits dont il aurait eu connaissance. Encore, dans le même sens de l'extension des pouvoirs du juge de paix, le dénonciateur ne pouvait pas, comme devant les tribunaux ordinaires, poursuivre personnellement.

La décision sur l'accusation n'appartenait pas au magistrat chargé de l'instruction. Il appartenait, non plus à un jury, mais à un *tribunal mixte* formé de l'officier de police de sûreté qui présidait, du commandant en second du corps auquel appartenait l'inculpé et du plus ancien militaire du corps, de même grade. La présence de l'officier de police dans ce tribunal à une place prédominante, lui confère dans la décision à prendre une influence prépondérante. En effet, c'est sur sa plainte, accompagnée du procès-verbal que reposait la décision : ce tribunal décide de l'accusation sans entendre aucun témoin, ni le prévenu, à la majorité et à huis-clos, éclairé seulement par ces deux précis de procédure. La procédure, pendant cette première phase, était donc *secrète et écrite* (1).

La poursuite était alors soumise à l'*accusateur militaire* qui pouvait également poursuivre sur les dénonciations qu'il avait reçues directement ; il pouvait saisir l'officier de police de sûreté qui devait alors faire les actes d'information nécessaires. Il pouvait également refaire l'instruction s'il la jugeait défectueuse.

L'accusateur allait devant le jury soutenir l'accusation. Le président du tribunal était saisi du dossier par l'accusateur militaire : il désignait un défenseur à l'inculpé s'il n'en avait pas fait choix lui-même.

La séance du tribunal était publique. Les témoins étaient interrogés ainsi que l'inculpé. Celui-ci et son conseil pouvaient dire tout ce qu'ils jugeaient utile à la défense.

1. Pour certains prévenus, officiers généraux, officiers de police de sûreté, l'acte d'accusation était soumis pour décision au corps législatif

Puis l'accusateur était entendu ainsi que la partie plaignante.

La décision sur la culpabilité appartenait au jury seul : il en décidait en répondant aux questions posées par écrit par le président.

Les juges prononçaient la peine.

Cette phase de l'instruction était toute entière *publique*. Elle présentait des différences avec la procédure de 1790 (tribunaux militaires) et celle de 1791 (tribunaux du droit commun) : le parquet recouvrait une partie de son importance perdue. Déjà se dessinait une tendance à rendre l'instruction écrite et secrète et la procédure du jugement orale et publique. Les attributions de l'instructeur et de l'accusateur étaient assez séparées mais imparfaitement tout de même. L'accusateur pouvait refaire l'instruction si elle lui paraissait insuffisante. Une confusion subsistait donc encore. Le personnel de la justice militaire était tout entier fait de magistrats civils.

Le 3 pluviôse an II, cette organisation fut emportée pour laisser la place à une organisation s'apparentant aux tribunaux révolutionnaires. Ce n'est pas le lieu d'en parler ici, ni non plus de l'organisation du 17 germinal an IV. Ces tribunaux ont créé à côté du droit, une légalité d'exception qui n'est pas représentative de l'évolution qui se poursuit (1).

Il nous faut reprendre la suite de l'évolution dans le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV pour les tribunaux ordinaires et dans la loi du 13 brumaire an V pour les tribunaux militaires.

* * *

La réorganisation opérée sous le régime directorial se trouve dans le *Code de brumaire an IV*, œuvre de Merlin qui avait été chargé avec Cambacérès, par la Convention, le

1. Nous passons également sous silence le tribunal du 10 août institué sur le rapport de Hérault de Séchelles et le tribunal criminel extraordinaire décrété le 10 mars 1795 sur la motion de Carrier.

3 floréal an II de préparer un travail général sur l'ensemble de la législation.

Cette législation, œuvre exclusive d'un jurisconsulte fut un peu artificielle ; elle formait un tout très systématique. Elle multipliait les *garanties de la défense* et traçait avec beaucoup de minutie les formalités que devait scrupuleusement respecter le magistrat à peine de nullité. A ce titre elle apportait des prescriptions qui méritent de retenir l'attention.

La distinction fut définitivement établie entre l'action publique et l'action civile. *Le Code de brumaire an IV* maintenait encore la dénonciation civile avec toute son efficacité de 1791. Les dénonciateurs et les plaignants participaient toujours à la rédaction de l'acte d'accusation, mais la partie privée n'agissait qu'aux fins de dommages-intérêts et ne pouvait saisir directement le jury d'accusation ; l'action publique n'appartenait qu'au peuple et aux fonctionnaires choisis par lui : cette disposition contenait en germe la reconstitution du ministère public.

Les officiers de police judiciaire institués en 1791 furent maintenus et cumulaient encore les pouvoirs de poursuite et d'instruction. Mais, à côté d'eux, le directeur du jury, espèce de juge d'instruction au second degré, pouvait, dans certains cas, poursuivre et se saisir directement.

Les *formalités de l'instruction* étaient réglées avec minutie : les règles alors édictées passeront dans le Code d'Instruction Criminelle. Les dépositions des témoins étaient rédigées par écrit et en présence de l'inculpé s'il était arrêté, sinon lecture lui était donnée des dispositions recueillies. Le directeur du jury complétait la procédure commencée, il interrogeait le prévenu, les témoins. Il recevait leurs déclarations secrètement et les faisait écrire par le greffier. La procédure d'instruction était secrète. Le directeur du jury devait, à peine de nullité, demander les conclusions du commissaire du pouvoir exécutif. Enfin, le directeur du jury avait un pouvoir de décision : cependant il ne pouvait conclure à l'insuffisance des charges, lorsque la procédure lui avait été transmise par un officier de police

judiciaire ; il rendait l'ordonnance de renvoi, soit devant le tribunal de police correctionnelle, soit devant le jury d'accusation et alors il dressait l'acte d'accusation.

L'accusateur public pouvait recevoir les dénonciations et les plaintes ; « il les transmettait aux officiers de police judiciaire et veillait à ce qu'elles soient suivies ». Il recouvrait ainsi partiellement cette première fonction du ministère public qu'avait, sous le règne de l'ordonnance de 1670, le Procureur du Roi ; quant à la seconde, elle lui était conservée, il faisait les réquisitions en vertu de la loi.

Devant le jury de jugement, le principe de l'*oralité* des débats était maintenu ; mais on ne trouvait pas la même crainte que dans la loi de 1791 de voir l'écriture se glisser dans la procédure par jurés. Lecture était donnée des dépositions recueillies, dans la mesure où cela était nécessaire pour faire observer aux témoins, à l'accusé, les variations dans leurs dépositions.

Enfin, l'accusé et son défenseur n'étaient pas aussi dépourvus de renseignements sur les pièces du dossier que sous le régime de 1791. Ils recevaient *communication du dossier* et ainsi pouvaient organiser leur défense en connaissance de cause. Ils étaient moins désarmés devant l'accusateur public qu'au temps où ce dernier seul connaissait les pièces d'accusation.

Cette procédure devait subir rapidement de profondes modifications. Elle était insuffisante pour assurer la répression : en raison de la mollesse de la poursuite et de la faiblesse de l'instruction préparatoire, tenant à un vice de l'organisation. De plus, le jeu en fut vite faussé par les passions politiques. Le jury était impuissant en face du brigandage ; il faillit être emporté dans la crise qui secouait alors le pays. Le désir de progrès qui nous valut cette législation, s'éclipsa devant le besoin de repos qui était général : les difficultés de l'époque firent regretter l'organisation de l'ordonnance de 1670.

* * *

Les modifications apportées à la procédure devant les Conseils de Guerre, création de la loi *du 13 brumaire an V*, furent beaucoup plus importantes. Sur ce point, l'œuvre législative du gouvernement directorial fut beaucoup plus près de l'organisation définitive que ne le fut celle relative aux tribunaux criminels ordinaires.

Les deux phases de la procédure étaient nettement distinctes. L'instruction était écrite ; le procès-verbal d'information était communiqué au défenseur de l'inculpé une fois cette procédure terminée. Le jugement sur la culpabilité était rendu par le jury qui se faisait sa conviction intime sur la lecture du procès-verbal d'information et des pièces à charge et à décharge, et sur un interrogatoire du prévenu, et une audition des témoins. La partie civile pouvait demander à être entendue. L'inculpé et le défenseur pouvaient librement intervenir dans l'interrogatoire, de même que les jurés. Cependant l'inculpé pouvait être interpellé de répondre personnellement à certaines questions.

Les personnages qui intervenaient dans la procédure d'information étaient :

1^o L'officier supérieur commandant les lieux qui, ayant appris par voie de plainte, la notoriété publique ou autrement, l'existence d'un délit commis par un militaire ordonnera de faire sur le champ l'information (art. 12) et une fois l'affaire en état, convoquera le Conseil ;

2^o Le capitaine faisant fonctions de Rapporteur, saisi par l'ordre d'informer, qui recevra la plainte, les dépositions des témoins, constatera les preuves matérielles, organisera la défense après l'interrogatoire, lui communiquera le dossier complet de l'affaire.

Le jugement était rendu en séance publique (1) par le tribunal comprenant :

1. Cependant le nombre des spectateurs ne pouvait excéder le triple de celui des juges.

1^o Sept membres militaires dont le président était un général de brigade (1) qui décidera sur la culpabilité après une délibération à huis-clos, en présence seulement du commissaire du pouvoir exécutif, et décidera de l'application de la peine si le président qui dirige les débats pose la question de culpabilité au tribunal et recueille les votes en commençant par le plus jeune juge ;

2^o Le capitaine rapporteur qui donnait lecture du dossier ;

3^o Le capitaine chargé des fonctions de Commissaire du Pouvoir Exécutif, nommé par le commandant en chef de la division, qui requerra l'application de la peine prononcée par la loi, et après la lecture du jugement, poursuivra l'exécution de la sentence.

Aussi les pouvoirs du *ministère public* étaient partagés : la *poursuite* des délits incombait à l'officier supérieur commandant la troupe ; la *suite de la plainte* devant le tribunal au Commissaire du Gouvernement. La procédure se développait automatiquement : aucune intervention n'était prévue pour arrêter l'acheminement vers la solution, chacun veillant à l'exécution des ordres qu'il donnait.

L'instruction était faite entièrement par le *Commissaire Rapporteur*, il signait le jugement et en poursuivait l'exécution.

Les attributions du magistrat instructeur et du parquet n'étaient pas encore réparties judicieusement et nettement séparées.

3^o La loi du 7 pluviöse an IX.

La loi du 7 pluviöse an IX fit en ce qui concerne la procédure criminelle ordinaire œuvre plus importante : elle reconstitua le ministère public en lui rendant la poursuite. L'instruction préparatoire en fut, par voie de conséquence, complètement réorganisée suivant un type se rapprochant de l'ancienne procédure ; enfin, les débats devant le jury d'accusation furent profondément transformés. Thiesse Rap-

1. Une loi du 13 brumaire an V, règle une composition du Conseil de Guerre variable avec le grade de l'inculpé.

porteur de la loi au tribunal caractérise ainsi les changements envisagés : « L'idée qui domine le projet, c'est l'idée d'une *partie publique* poursuivante et d'un *Juge d'Instruction*, avec une distribution nette des fonctions ».

La loi du 7 pluviôse an IX crée, dans chaque arrondissement des substituts du *Commissaire du Gouvernement* avec de véritables attributions de Procureur de la République. Ils étaient chargés de la recherche et de la poursuite de toutes les infractions. Ils reçoivent les dénonciations et les plaintes : soit directement, soit par les Juges de Paix et officiers de gendarmerie, qui pouvaient également les recevoir, mais à ce titre, ils étaient sous leurs ordres et devenaient leurs simples auxiliaires. Ainsi, le ministère public obtenait un pouvoir qu'il n'avait jamais eu : l'instruction préparatoire et la poursuite se confondaient dans les mains de ces substituts qui recevaient toutes les pièces et ordonnaient, conséquence nécessaire, la détention préventive. Comme correctif la loi en limitait la durée à vingt-quatre heures. Il devait, dans ce délai, avertir le *directeur du jury* qui devait « prendre connaissance de l'affaire et procéder à l'instruction dans le plus court délai ».

Substitut et directeur du jury, ministère public et magistrat instructeur procédaient de concert à l'instruction : le premier requérant, le deuxième instruisant et décidant. Cette extension des pouvoirs du ministère public entraîne une modification dans la procédure. Le Procureur, comme la partie civile, pouvait produire ses témoins. Enfin, les témoins étaient entendus séparément et hors la présence du prévenu. C'était bouleverser les règles en vigueur depuis 1789 : la procédure redevenant secrète. Le juge ne donnait pas connaissance à l'inculpé des charges produites contre lui. Des pratiques libérales de la loi précédente, seules subsistaient la communication par lecture, après l'interrogatoire, des dépositions et la possibilité pour le prévenu de demander à être interrogé à nouveau.

L'instruction terminée était communiquée au substitut qui, dans les trois jours, devaient donner ses *conclusions* écrites. Le magistrat instructeur décidait, mais le substitut

disposait de multiples recours si la décision n'était pas conforme à ses réquisitions.

Enfin, la procédure devant le *jury d'accusation* était (suite naturelle de transformations subies par la procédure d'instruction) profondément modifiée : la procédure écrite était substituée à la procédure orale.

Cette modification fut vivement combattue : tout de suite on sentit que c'était l'existence même du jury d'accusation qui était en jeu. « Sans les dépositions orales des témoins, disait Chabot, et avec des pièces écrites, il n'y a pas réellement de jury d'accusation. On ose soutenir que les preuves écrites peuvent suffire aux jurés, mais c'est évidemment recommencer le procès entre les preuves légales et les preuves morales, c'est déjà mettre en problème, si la procédure par jurés est préférable à l'ordonnance de 1670, si enfin, la sublime institution du jury doit être conservée ou détruite ». Paroles prophétiques : cependant cette thèse ne l'emporta pas.

L'argument qui emporta la décision en faveur de la procédure écrite, fut tiré de ce fait que l'accusé n'était pas présent devant le jury d'accusation. Admettre, devant ce jury, les dépositions verbales des témoins à charge, sans admettre l'accusé à fournir lui-même, verbalement, ses explications et justifications, aurait été mettre, devant ce jury, l'accusé en situation d'infériorité. Pour rétablir l'équilibre entre les témoignages à charge et les arguments de la défense, l'un et l'autre devaient se présenter avec la même force de persuasion.

Par ces dispositions, cette loi marque de façon manifeste, la transition vers le système du Code d'Instruction Criminelle. Elle intervient à l'instant où le cours des idées change de direction. *La procédure d'instruction est orientée vers l'écriture et le secret* : le jury d'accusation n'a plus longtemps à vivre ; il reste à confirmer l'oralité et la publicité devant les juridictions de jugement. Ce sont les opinions sur le jury qui vont déterminer les modifications prochaines.

Les idées de l'époque sur le jury ont été exposées à propos

d'une loi transitoire qui n'en est pas moins d'une très grande importance : la *loi de l'an IX sur les tribunaux spéciaux*.

Le brigandage avait donné naissance à des juridictions d'exception qui jusque-là s'étaient montrées impuissantes à l'enrayer. La situation en l'an VIII était loin de s'améliorer. Un document officiel la décrit de la façon la plus précise (1) : « Des communes entières sont victimes de leur dévastation et de leur cruauté. Tous ces départements sollicitent de prompts secours d'hommes, d'armes et de munitions. Ils leur ont été souvent promis, mais on ne leur en a accordé jusqu'ici que d'insuffisants ».

La répression par les tribunaux criminels s'était montrée inefficace. Roujoux en expose la raison au Tribunat le 14 pluviôse, an IX. « Tribuns parcourez avec moi ces tribunaux dans plusieurs départements de la République, Ici, vous verrez d'audacieux brigands, couverts de crimes, encore teints du sang de leurs victimes, insultant aux juges, menaçant les témoins, narguant le jury et bravant l'échafaud. Là, des témoins dans la stupeur, muets, immobiles ; plus loin, des jurés plus occupés d'assurer les moyens de leur retour que d'entendre des débats insignifiants, placés entre la nécessité d'absoudre des coupables ou de se livrer aux vengeances de leurs complices. Passons dans un autre département. Ici le jury se compose uniquement entre les citoyens renfermés dans l'enceinte de la ville ; il est impossible d'en réunir d'aucune autre partie du département. Les jurés, les témoins aiment bien mieux se laisser condamner à une peine pécuniaire que de s'exposer sur les routes à des amendes bien autrement sérieuses, puisqu'elles sont imposées par le crime ; non pas sur la fortune seulement, mais sur la vie. »

On en arriva à la création des tribunaux spéciaux où la procédure présentait des caractères empruntés aux procédures anciennes. La poursuite appartenait au ministère public sans qu'il y eût besoin de partie plaignante ni de

1. Voir les comptes rendus au Ministère de l'Intérieur par les commissaires du Directoire exécutif près l'administration centrale des départements.

jury d'accusation. *Les détails de l'instruction étaient empruntés à l'ordonnance de 1670.* A l'opposé, l'audience était publique, les débats oraux, l'assistance d'un défenseur était assurée à l'inculpé. La sentence était prononcée par un tribunal composé de deux juges, de trois militaires ayant au moins le grade de capitaine et de deux citoyens : jury, si l'on veut, mais où les citoyens n'avaient qu'une bien faible place.

Ainsi la *faiblesse de l'institution du jury* était affirmée d'une façon éclatante. Et la question du maintien de cette institution fut la question capitale qu'eut à résoudre le législateur quand, avec l'Empire, se posa la réformation de la justice criminelle. La réformation qui s'imposait était d'importance. Depuis 1791, le Code pénal était resté sans retouches : la pratique signalait de nombreuses imperfections. Enfin, l'œuvre de l'an IX en matière de procédure criminelle était une simple ébauche : d'autres modifications s'imposaient. C'est l'honneur du gouvernement impérial d'avoir accompli cette tâche et de nous avoir doté d'une acquisition dont les grandes lignes sont encore en vigueur.

§ III

LE CODE DE PROCÉDURE CRIMINELLE.

Les travaux préparatoires de l'œuvre de réformation de la justice criminelle commencèrent dès l'an IX. Le 7 germinal de cette année, un arrêté des conseils nomme une *Commission* qui devait rédiger un projet de code criminel (1). Le projet de cette Commission permet de constater l'existence d'un courant très puissant ramenant vers le passé. La nation se désintéressait des libertés publiques ; les corps dirigeants aspiraient vers plus d'ordre ; nombreux étaient les gens éclairés qui regrettaient la procédure criminelle de l'ordonnance. Les faits semblaient leur donner raison :

1. Sur tous ces travaux préparatoires consulter Esmein, *o. c.*, p. 481 et suivantes.

la procédure ancienne assurait l'ordre tandis que l'institution du jury s'était montrée dangereuse.

Une vaste enquête fut ouverte ; la Cour suprême et le grand juge, les Cours d'appel firent connaître leur avis. Les observations de soixante-quinze tribunaux criminels furent publiées par ordre du gouvernement (1). Et, en marge de l'enquête officielle, s'en était ouverte une autre à laquelle tous étaient appelés ; elle se faisait spontanément dans les livres et les brochures de l'époque. L'Institut mettait au concours le problème de la législation criminelle (2).

Le point capital, le nœud de la question, était le maintien ou la suppression de *l'institution du jury*. L'opinion publique était partagée. Les adversaires du jury en rappelèrent les méfaits pendant la dernière période. Mais l'opinion officielle était orientée vers le maintien de l'institution. Il était plus utile de rechercher les moyens de l'améliorer, et de ce point de vue l'enquête fut féconde.

Le *Conseil d'Etat*, à son tour, fut saisi de la question ; la discussion y fut longue. A tout propos les solutions acceptées étaient remises en question : celle du maintien du jury fut posée et résolue plusieurs fois avant d'être définitive, mais à côté du maintien de l'institution du jury « cette fille aînée de la Révolution française, la conquête illustre du xviii^e siècle sur la sagesse des siècles qui l'ont précédée », le système de l'ancienne procédure laissa des traces profondes dans d'autres parties de la loi.

Les discussions auxquelles donnèrent lieu l'organisation du ministère public et les pouvoirs d'instruction se déroulèrent les 4, 7 et 11 juin 1808. Elles mirent en conflit les partisans des anciennes formes et ceux qui tenaient pour les procédés suivis dans les lois de la période intermédiaire.

Les attributions du Procureur furent précisées avec beaucoup d'énergie : « Par son institution le ministère public est partie ; à ce titre il lui appartient de poursuivre, mais par

1. « Observations des tribunaux criminels sur le projet de Code criminel ».

2. AN X. Quels sont les moyens de perfectionner en France l'institution du jury ?

cela même, il serait contre la justice de le laisser faire des actes d'instruction ». Cette conception n'est autre que celle de l'ordonnance en ce qui concerne le règlement à l'extraordinaire. Dans le système de cette ordonnance, les deux fonctions de poursuite et d'instruction étaient séparées, on a toujours vu du danger à les cumuler. Ces arguments étaient décisifs : sur ce point l'ancien système devait être conservé.

Les arguments invoqués par ceux qui étaient partisans de maintenir la confusion de la période intermédiaire, étaient que le Procureur, pour poursuivre, doit être instruit des faits : c'était le système de la loi de pluviose ; mais, objectait-on, les anciens principes étaient inapplicables aujourd'hui : le ministère public devait remettre l'affaire dans les vingt-quatre heures au Juge d'Instruction. Comment en ce peu de temps pouvait-il acquérir de l'affaire une connaissance suffisante ? Ou alors il fallait lui donner plus de temps et l'obligation dans laquelle il serait de requérir le juge entraînerait une lenteur dangereuse. Il importait donc, suivant leur avis, de laisser au Procureur des droits d'instruction.

Leur opinion prévalut en ce sens que, en cas de *flagrant délit*, ils accordèrent au Procureur des pouvoirs d'instruction. Dans ce cas, en effet, peu importe par qui le fait est constaté.

Ainsi la répartition des attributions entre le *Procureur* et le *Juge d'Instruction*, l'un ayant la poursuite, l'autre l'instruction, fut admise avec ces tempéraments. Et cette discussion explique que la procédure de flagrant délit ait pris dans le Code d'Instruction Criminelle une place importante. C'est également ce qui explique que les règles sur la confection des procès-verbaux se trouvent dans la section relative au mode de procéder des Procureurs dans l'exercice de leurs fonctions. Mais la division des fonctions se faisait suivant les principes traditionnels de l'ancien droit.

L'organisation de l'*instruction préparatoire* reproduit l'ordonnance de 1670. L'audition des témoins est secrète. Chaque témoin dépose séparément. Cependant une diffé-

rence importante mérite d'être signalée, différence qui marque l'indépendance de l'instruction envers le Procureur.

L'ancienne ordonnance interdisait au juge d'entendre les témoins que l'inculpé voulait produire. Le Code d'Instruction Criminelle décide que le « Juge d'Instruction fera citer devant lui les personnes qui auront été indiquées par la dénonciation de la plainte *ou autrement* ». Ainsi le juge a la faculté d'entendre les témoins de l'inculpé, mais celui-ci ne saurait le forcer à les entendre.

Les dispositions relatives aux *perquisitions et saisies* apportaient des garanties à l'inculpé, — elles doivent avoir lieu en présence du prévenu s'il a été arrêté (art. 39 et 89) et celui-ci peut fournir des explications, reconnaître les objets saisis, parapher les scellés —, toutes dispositions empruntées au Code des délits et des peines.

Quant aux *expertises*, aucune contradiction n'est acceptée du prévenu : la contre-expertise n'est pas permise. Le Code d'Instruction Criminelle se borne, en cette matière, dans les articles 43 et 44, à exiger des experts le serment de donner leur avis en leur âme et conscience. Sur ce point, l'ordonnance et le Code des délits et des peines étaient d'une égale rigueur.

En ce qui concerne les *mandats*, le Code d'Instruction Criminelle conserva, et avec leur ancien caractère, les quatre mandats créés successivement par les lois de 1791, de l'an IV et de l'an IX.

Tout ce qui est réglé en ce qui concerne les *interrogatoires*, c'est le délai dans lequel le premier interrogatoire doit avoir lieu (art. 93). Cet interrogatoire est secret. Toutes les garanties accordées jusque là sont supprimées; et la lecture de la plainte à l'inculpé, et la présence du défenseur, de 1789 ; et la présence de l'inculpé à l'interrogatoire, de 1791, ou la lecture des déclarations des témoins ; et enfin, la lecture postérieure à l'interrogatoire à laquelle il pouvait répondre, de la loi de l'an IX. Sans doute le Juge d'Instruction peut faire connaître ce qu'il sait, mais pour provoquer les aveux, il n'y est pas tenu, pas plus d'ailleurs

qu'à la confrontation des témoins. Cette procédure est secrète ; c'est le retour, à quelques formalités près, à la procédure du lieutenant criminel de l'ancien régime.

En ce qui concerne la mise en *liberté provisoire*, l'une des conquêtes de la Révolution, inadmissible autrefois dans une affaire réglée à l'extraordinaire, elle était maintenue par le Code d'Instruction Criminelle mais réglée de façon différente : tandis que le Code de l'an IV prévoyait deux situations, l'une emportant la mise en liberté provisoire, l'autre la refusant, le Code d'Instruction Criminelle maintient cette même distinction mais avec un moindre libéralisme : dans le cas où la mise en liberté était impossible, elle le reste ; dans les cas où en l'an IV elle était obligatoire, elle devient simplement facultative pour le juge.

La décision en ce qui concerne l'*accusation* n'appartient plus au jury d'accusation. Celui-ci disparaît. C'est la *Chambre des Mises en accusation* qui en est chargée, suivant la même procédure secrète de la loi du 7 pluviôse an IX. Le transfert des pouvoirs se fait de l'un à l'autre, sans autre modification que cette extension de compétence en faveur de la chambre des mises en accusation ; elle a le droit d'examiner si le fait mérite peine afflictive ou infamante (art. 231), que n'avait pas le jury d'accusation. Ce changement s'imposait. On peut permettre à des juges de connaître de la question de droit, on ne le peut pas à des jurés.

Le Procureur rédigeait alors l'*acte d'accusation* s'il y avait lieu. Autrefois il le rédigeait avant la mise en accusation et cet acte servait de base à la décision du jury d'accusation. Ce déplacement de l'acte réduisit les pouvoirs du Procureur : son acte d'accusation ne devait avoir d'effet que devant le tribunal lui-même. Or, le tribunal, par l'arrêt de renvoi, a des renseignements équivalents à ceux que lui donne l'arrêt d'accusation qui se borne à répéter l'acte d'accusation ; l'arrêt de renvoi devient donc une pure formalité. D'ailleurs, pratiquement, le jury ne prêtera à la lecture de l'acte d'accusation qu'une attention distraite : il attend les *débats oraux*, plus vivants, qui vont se dérouler sous ses yeux.

Toute cette organisation du Code de Procédure Criminelle donnerait une idée erronée de l'organisation de la répression en 1808. En effet, à côté de cette procédure de droit commun existait une procédure d'exception. Les tribunaux spéciaux des lois du 18 pluviôse an IX et du 22 floréal an X, survivaient dans les *Cours spéciales*, spéciales surtout par leur compétence (1), et la composition du tribunal, mais dont la procédure de l'instruction préparatoire ressemblait en tout point à la procédure de l'instruction préparatoire du droit commun.

Cette particularité du maintien de la même procédure d'instruction devant des tribunaux d'exception, tribunaux devant lesquels on peut s'attendre à voir s'atténuer les garanties du droit commun, afin d'assurer la répression plus énergique de crimes particulièrement dangereux pour la société, confirme bien le jugement que l'on est conduit à porter sur l'œuvre du législateur de 1808. La défense de l'individu devant la justice criminelle ne doit pas être recherchée dans la procédure de l'instruction préparatoire ; elle est toute dans le tribunal, dans le jury que l'on maintient. Ce point méritait d'être mentionné car les modifications apportées postérieurement à cette organisation vont procéder d'une toute autre conception.

*
* * *

Dans son ensemble le Code de Procédure Criminelle se présentait comme une transaction entre les deux régimes criminels qui l'ont précédé : le régime de l'ordonnance et celui des lois révolutionnaires. Dès lors, les experts ne vont plus se passionner pour cette question de procédure les dispositions rigoureuses de l'instruction préparatoire étant acceptées à cause du correctif du jugement. Et lorsque des

1. Leur compétence s'étendait à tous les crimes commis par des vagabonds ou gens sans aveu, ou par des condamnés à des peines afflictives et infamantes, ainsi qu'aux crimes de rébellion à la force armée, de contrebande armée, de fausse monnaie et d'assassinat préparé par des attroupements armés.

modifications y seront apportées, elles le seront sans passion ; elles se présenteront comme des améliorations souhaitables du point de vue technique.

Il restait, il est vrai, à faire disparaître les Cours spéciales. Cette opération se fit en deux temps. Les Cours spéciales furent d'abord remplacées en 1815 (20 décembre) par des cours prévôtales apportant à la composition du tribunal une modification qui peut être considérée, du fait de la disparition de l'élément militaire, comme orientée vers des solutions où l'intérêt de la justice prend le pas sur la protection sociale. Enfin, le 5 novembre 1817, les Cours prévôtales disparaissaient et avec elles, les derniers tribunaux d'exception.

D'autres *modifications* de détail furent apportées à la procédure du jugement, les unes relatives aux questions à poser au jury (loi du 9 sept. 1835, art. 345 nouveau) ; les autres de nature à assurer l'indépendance du jury par les aménagements du mode de scrutin (13 mai 1836). La confiance du législateur repose dans le jury. En 1832 il lui avait donné le pouvoir de connaître des circonstances atténuantes, le laissant intervenir dans la question de peine réservée aux juges. Souvent le mode de composition du jury a changé (2 mai 1827, 7 août 1848, 4 juin 1853, 14 oct. 1870, 21 novembre 1872). Enfin, une loi de 1881 (12 juin) a supprimé le résumé des faits que devait prononcer le président des assises, après avoir clos les débats. Toutes ces modifications sont animées du même esprit : on veut assurer le plus de puissance possible au jury en qui reposent toutes les garanties de l'inculpé.

Beaucoup plus intéressantes, pour notre sujet, nous apparaissent les modifications apportées à l'instruction préparatoire par les lois postérieures au Code d'Instruction Criminelle ; dans cette phase de la procédure les lois tendent à une limitation toujours plus étendue du pouvoir du Juge d'Instruction, qui, à cause du secret de cette procédure, se trouvait avoir un pouvoir paraissant dangereux, d'une part, et qui, d'autre part, semblait excessif par l'influence

de cette procédure écrite sur la décision de la Chambre des mises en accusation.

La jurisprudence s'attaqua la première aux *pouvoirs du Juge d'Instruction* dont les ordonnances furent moins définitives : tout ce que le Code ne défendait pas expressément fut autorisé : l'opposition contre les ordonnances de la Chambre du Conseil, ou contre celle du Juge d'Instruction, fut accordée libéralement par une extension du recours devant la Chambre des mises en accusation. En matière criminelle, l'appel fut le droit : il fut ouvert au ministère public, à la partie civile, à l'inculpé.

Le législateur intervint à son tour plusieurs fois et toujours dans le même sens restrictif des attributions du juge : d'abord le 17 juillet 1856, il régla la question de l'opposition aux ordonnances du Juge d'Instruction dans le sens indiqué déjà par la jurisprudence. Il accorda même cette voie de recours au prévenu, contre l'ordonnance par laquelle le juge statue sur la mise en liberté provisoire. Enfin, il édicta une mesure qui semble, à se fier aux apparences, procéder d'une conception toute différente.

La loi du 17 juillet 1856 supprima la *Chambre du Conseil* et en confia les attributions au Juge d'Instruction. Extension, semble-t-il, des pouvoirs de ce dernier. La réalité est différente.

Le Juge d'Instruction va bien dorénavant rendre lui seul l'ordonnance définitive qui clôt l'instruction et décide quelle suite lui sera donnée. Mais cette modification n'est que la consécration d'un état de fait qui existait déjà. La pratique avait montré que le juge avait dans la Chambre du Conseil une influence prépondérante ; c'était lui qui présentait et soutenait la solution à prendre et par sa connaissance de l'affaire, avec facilité, il imposait sa manière de voir. En lui donnant le droit de statuer seul, on simplifiait la procédure.

Ce changement d'attributions, dans la réalité, était favorable à l'inculpé. En effet, son sort appartenait sans doute au Juge d'Instruction, et non plus à la Chambre du Conseil, ce qui constituait une diminution apparente des garanties

qui lui étaient accordées. Mais corrélativement il obtenait le droit d'opposition aux ordonnances du Juge d'Instruction ; et par là cette mesure accroissait réellement ses garanties.

L'on peut ajouter à ces mesures celles relatives à la *détention préventive*, conçues dans un esprit libéral, la limitation de la faculté dont disposait le juge de la mise au secret de l'inculpé (loi du 14 juillet 1865), la suppression en 1863 (1) de l'*instruction préparatoire*, pour toute une classe d'infractions.

Il semble que l'on puisse conclure que les idées, en ce qui concerne la procédure d'instruction, étaient nettement orientées vers la restriction des pouvoirs du Juge d'Instruction, par l'octroi à l'inculpé de mesures de divers ordres lui assurant la garantie d'une justice dont les rigueurs inutiles étaient exclues. Le caractère inquisitoire de cette procédure était bien maintenu, mais les procédés inquisitoires dont pouvait user le juge, étaient rendus plus humains, et les conclusions du juge n'étaient plus définitives.

* * *

Les *Conseils de Guerre permanents* formés en vertu de la loi du 13 brumaire an V, furent maintenus successivement par les constitutions de l'an VIII, les chartes de 1814 et de 1830.

Les règles de procédure en étaient, en tous points, semblables à celles que prescrivit en 1808 le Code d'Instruction Criminelle.

L'instruction préparatoire contre les prévenus militaires rentrait entièrement dans les attributions du Rapporteur du Conseil de Guerre, auquel le général commandant la division avait donné l'ordre d'informer. Les Commissaires du Gouvernement remplissaient pour les Conseils de Guerre les fonctions du ministère public.

Mais leurs attributions respectives ne se conciliaient

1. La loi du 13 mai 1863 en correctionnalisant plusieurs crimes en a rendu l'instruction facultative.

guère avec la *situation instable* qu'était la leur, avec la loi de l'an V. Désignés temporairement par l'autorité militaire pour remplir des fonctions dont l'importance n'était pas discutée, ils étaient l'objet de mutations fréquentes imposées par les besoins du service, ce qui était une grande gêne pour l'administration de la justice.

Le décret du 3 mai 1848 remédia dans une large mesure à cette instabilité en les mettant à la *nomination du Ministre de la Guerre*. Commissaires du Gouvernement et Rapporteurs pour les Conseils de Guerre furent pris parmi les officiers et les membres de l'Intendance en activité de service, quand les besoins du service le permettaient, sinon ils étaient pris parmi les membres de l'Intendance en non activité, en réforme ou en retraite, ayant déjà rempli les fonctions de Rapporteur ou de Commissaire du Gouvernement pendant leur temps d'activité.

Cette mesure assurait une stabilité plus grande mais encore insuffisante des membres des parquets militaires. Ils arrivaient bien ainsi à acquérir la pratique de la procédure, du moins dans une certaine mesure, mais aucune garantie de *connaissances juridiques* n'était exigée de ces officiers chargés pourtant de fonctions extrêmement délicates et dont l'importance pour la bonne administration de la justice, était devenue très grande avec le retour à la procédure de l'ordonnance de 1670.

La faculté de choisir pour ces fonctions des officiers en retraite, avait été largement utilisée. Cette pratique n'était pas sans inconvénients. Dès 1854 (décision du ministre du 3 août 1854) on reconnut qu'il fallait en user modérément pour « laisser aux officiers en activité l'occasion de s'exercer à des fonctions qui leur sont exclusivement dévolues dans les armées en campagne, soit pour être plus assuré d'avoir dans le ministère public des officiers toujours préoccupés au même degré des nécessités et des devoirs militaires, et auxquels la cessation de l'activité n'ait enlevé ni le sens intime, ni l'énergie qu'il est si nécessaire de conserver dans de tels emplois ».

Aussi on réduisit à la moitié le nombre des emplois de

Commissaires ou de Rapporteurs susceptibles d'être confiés à des officiers en retraite, et on exigeait d'eux qu'ils aient rempli ces fonctions pendant trois années de leur temps d'activité (1). La loi de 1857 prescrivit même (art. 29) que les substituts des Commissaires et Rapporteurs soient pris parmi les officiers en activité. Exceptionnellement seulement et lorsque les besoins du service l'exigent il pouvait être dérogé à cette règle (loi du 18 mai 1875).

Ce mode de recrutement des membres du parquet militaire était très critiquable. Le général Langlois écrivait, le 18 mai 1907, dans la *Revue bleue* : « Les membres des parquets de nos Conseils de Guerre ne présentent aucune garantie au point de vue de la connaissance du droit ». Et le même général dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi du 29 juin 1909 exprimait la nécessité de « créer un corps de conseillers de la justice militaire, astreint à des épreuves juridiques sérieuses, ayant une hiérarchie propre, indépendants, ne relevant que du ministre ». M. Etienne Flandin, dans le rapport du projet voté par le Sénat le 14 février 1913, réclamait « la création pour le service du parquet et de l'instruction, d'un corps de juristes militaires complètement indépendants du commandement, offrant toutes garanties d'impartialité, justifiant à la fois de la connaissance des règlements militaires et de l'aptitude aux fonctions juridiques, attestées par le diplôme de licence en droit et par l'accomplissement d'un stage pratique ».

C'est encore l'objectif que l'on se proposa après la guerre de 1914-1918 et que réalisa le législateur par la loi du 9 mai 1928 : « Les parquets militaires sont complètement réorganisés. Des *connaissances juridiques* aussi indispensables pour les magistrats militaires que pour les magistrats civils sont exigées. Le recrutement aura lieu au concours : le diplôme de licence en droit, un stage dans un parquet seront nécessaires ».

« Le personnel de la justice militaire présentera désormais la compétence juridique sans laquelle il n'y a pas de

1. La circulaire du 3 août 1854 permettait d'y admettre des officiers supérieurs et les capitaines soit en activité soit en retraite.

magistrats dignes de ce nom. Ayant sa hiérarchie propre, son autonomie propre, ne devant sa nomination qu'au ministre, ne dépendant du général commandant la circonscription territoriale que pour ce qui concerne le respect des règles de la discipline générale, absolument *indépendant* du général pour tout ce qui concerne l'exercice de la fonction judiciaire, ce personnel aura l'indépendance sans laquelle il n'y a pas de vraie justice. L'*assimilation* sera complète entre les fonctions de Commissaire du Gouvernement et celles de Procureur de la République, entre les fonctions de Juge d'Instruction militaire et celles de Juge d'Instruction de droit commun. Les rapports juridiques seront les mêmes entre le Commissaire du Gouvernement et le Juge d'Instruction militaire qu'entre le Procureur de la République et le Juge d'Instruction du droit commun » (Rapport au Sénat par M. Guillaume Poullé).

CHAPITRE II

La personne du Juge d'Instruction civil et du Juge d'Instruction militaire.

Le Juge d'Instruction des tribunaux répressifs n'appartient pas à la catégorie des magistrats recrutés à l'élection, mais à la catégorie des juges nommés. Dans notre législation actuelle, les juges sont nommés par le Président de la République ; ils le sont depuis la Constitution de l'an VIII (exception faite des juges de paix qui furent encore élus jusqu'à l'an X). Le Juge d'Instruction des tribunaux répressifs ordinaires appartient à la catégorie des juges nommés. Comme juge, le Juge d'Instruction doit présenter les conditions de recrutement exigées de tous les juges : comme juge il bénéficie de garanties nécessaires à tous les juges nommés pour assurer leur indépendance vis-à-vis du pouvoir qui les nomme, tout en assurant à ce même pouvoir comme supérieur hiérarchique les moyens d'exiger d'eux, une fois nommés, l'exact accomplissement des devoirs de leur charge.

Comparons le Juge d'Instruction militaire au Juge d'Instruction ordinaire à ce double point de vue :

- 1^o des conditions de recrutement ;
- 2^o de leurs prérogatives et responsabilités.

§ I

CONDITION DE RECRUTEMENT DES JUGES D'INSTRUCTION.

Les juges désignés pour remplir les fonctions d'instruction sont pris parmi les juges des tribunaux de première

instance et des Cours d'appel (1). Ils remplissent donc les conditions de recrutement exigées des magistrats assis. Ces conditions sont au nombre de trois : condition d'âge, connaissances juridiques, aptitude professionnelle.

Les *officiers de justice militaire*, désignés pour remplir les fonctions d'instruction près les tribunaux militaires, sont pris parmi les officiers du corps de la justice militaire (2). Ils remplissent par conséquent les conditions exigées des officiers de justice militaire, qui sont également au nombre de trois : condition d'âge, de connaissances juridiques, d'aptitude professionnelle.

1^o *Condition d'âge*. — La loi exige d'abord une *condition d'âge* : « Nul ne pourra être juge ou suppléant d'un tribunal de première instance s'il n'est âgé de 25 ans accomplis » (art. 64 de la loi du 20 avril 1810).

Au point de vue de cette exigence de la loi, les *Juges d'Instruction militaires* offrent des garanties bien supérieures à celles exigées des Juges d'Instruction du droit commun. En effet, aux termes de l'article 15 de la loi du 15 mars 1928, après la formation initiale du corps des officiers de justice militaire, les officiers de justice militaire adjoints doivent être recrutés parmi les officiers comptant au moins onze ans de service en qualité d'officier. Les exigences de l'article 67 de la loi du 20 avril 1810 sont donc très largement dépassées, puisque dans le cas le plus favorable on ne peut être officier avant 19 ans (3).

2^o *Condition de connaissance juridique et d'aptitude professionnelle*. — La loi exige en second lieu des *conditions de capacité*, des connaissances juridiques et une aptitude professionnelle. D'après la loi du 20 avril 1810, il suffisait, pour être nommé magistrat, d'être licencié en droit et d'avoir effectué un stage d'au moins deux ans au barreau où l'aspirant magistrat complétait ses connaissances juridiques. Ces conditions ayant paru insuffisantes, le décret du 13 février

1. Article 56 du Code d'Instruction Criminelle.

2. Article 14 du Code de Justice Militaire, al. 2.

3. Age minimum d'entrée à Saint-Cyr : 17 ans. Durée des études deux ans.

1908 ajouta cette nouvelle condition : les aspirants magistrats doivent subir avec succès les épreuves d'un examen professionnel après un stage accompli au Ministère de la Justice ou dans un parquet. C'est ici l'*examen* probatoire de l'aptitude professionnelle qui est institué : on le substitue au concours qu'avait établi la loi de finances du 17 avril 1906. L'examen fut supprimé par l'article 17 de la loi du 28 avril 1919.

Ce système n'a pas paru à tous pleinement satisfaisant. La Chambre des députés a voté le 28 décembre 1918 un projet comportant, à l'exemple de certains pays et notamment de l'Allemagne, la création de *juges auditeurs*, véritables apprentis magistrats. Ce projet n'a jamais abouti.

C'est parmi les juges offrant les garanties prévues par la loi du 28 avril 1919 que sont désignés, sans formation professionnelle spéciale, ceux qui doivent remplir les fonctions de Juge d'Instruction. Il est bien évident que si une telle formation des juges avec le système de la pluralité des juges a paru insuffisante, elle doit l'être *a fortiori* lorsqu'il s'agit de choisir dans ce corps les Juges d'Instruction, dont le rôle est notablement différent et qui doivent, comme magistrat unique, remplir les fonctions d'instruction, et à ce titre, prendre des décisions juridictionnelles (1).

A ce point de vue encore — condition de connaissances juridiques et d'aptitude professionnelle pour le recrutement des officiers de justice militaire — la loi du 9 mars 1928 se montre beaucoup plus exigeante : outre la licence en droit elle exige un stage pratique d'un an auprès du parquet d'un tribunal civil et de plus elle organise le recrutement par voie de concours, exigence qu'avait édictée la loi du 17 avril 1906 pour les magistrats civils, mais que le décret du 13 février 1908 avait en fait abandonnée.

Faut-il voir dans le recrutement des magistrats des parquets militaires, par la voie du *concours*, une manifestation du désir du législateur de revenir au système de la loi du 17 avril 1906 ? Nous ne le pensons pas. L'impossibilité qui a

1. Le Juge d'Instruction est, à lui seul, une véritable juridiction.

frappé de stérilité la réforme de 1906 subsiste. La même impossibilité ne s'est pas manifestée en ce qui concerne le recrutement des parquets des tribunaux militaires. Et nous ne pensons pas que la crainte de ce concours contribue à restreindre les candidatures.

En définitive, la question de garantie de capacité des officiers de justice militaire et partant des Juges d'Instruction se ramène à une question de nombre de candidats aux fonctions judiciaires militaires; c'est à la faveur du nombre que peut s'opérer la sélection. Et à ce point de vue tout est subordonné aux avantages qui sont ou seront accordés aux magistrats militaires.

Sans doute les magistrats des parquets militaires ont un recrutement théoriquement très large; ils peuvent être pris parmi tous les officiers des troupes et des services. Mais il importe de remarquer que les fonctions d'officier sont très différentes de celles des magistrats des parquets et il y a tout lieu de supposer que parmi les officiers assez peu aspireront à ces fonctions spéciales : cette tendance s'est déjà manifestée en fait.

Les candidatures sont d'autre part considérablement réduites du fait des exigences de capacité, cependant indispensables, qu'édicté la loi. Les connaissances exigées pour devenir officier sont assez différentes de celles nécessaires aux magistrats des parquets. Ce sont généralement des études toutes nouvelles que devront entreprendre les officiers aspirant aux fonctions des parquets militaires.

Enfin les officiers qui s'astreignent à acquérir ces connaissances en trouvent l'utilisation dans le *Service de l'Intendance*, où avec des habitudes de vie moins différentes, ils ont des avantages de carrière très sensiblement supérieurs, avancement beaucoup plus rapide, possibilité d'accession à un grade plus élevé (1).

Aussi n'est-il pas étonnant que le recrutement des membres des parquets s'avère déjà comme devant être assez

1. La hiérarchie des fonctionnaires de l'Intendance comporte les grades assimilés de général de brigade et de général de division, tandis que la hiérarchie des officiers de justice militaire est limitée au grade de colonel.

difficile. On ne peut songer à réduire les exigences de la loi mais peut-être serait-il sage d'accorder aux membres des parquets des possibilités d'avancement à la parité de celles qu'offre l'Intendance.

Compte tenu de la correspondance des grades, la comparaison des deux corps s'établit d'après le tableau ci-dessous :

Assimilés aux grades de :	Intendance	Justice Militaire (1)
Généraux de Division.....	7	
Généraux de Brigade.....	27	
Colonels.....	70	20
Lieutenants-Colonels.....	90	32
Commandants.....	95	32
Capitaines.....	50	46
Totaux.....	339	130

1. Ce tableau fait immédiatement apparaître qu'une erreur a été commise lors de la fixation des effectifs du corps de la justice militaire (Décret du 16 octobre 1928).

Dans le corps de l'Intendance, corps d'officiers supérieurs, le grade d'intendant militaire adjoint, (assimilé au grade de capitaine) n'a été maintenu que comme grade transitoire — de stagiaire en quelque sorte — dans lequel les fonctionnaires de l'Intendance ne séjournent que trois ans au maximum, très souvent moins longtemps. Aussi le nombre d'intendants militaires adjoints, a été fixé à 50, alors que celui d'intendants militaires de 3^e classe (commandants) l'a été à 95, (presque le double), celui des intendants militaires de 2^e classe (lieutenants-colonels) à 90.

On a voulu organiser le corps de la justice militaire, à l'imitation de l'Intendance, corps d'officiers supérieurs, mais l'effectif des officiers de justice militaire adjoints (assimilés au grade de capitaine) qui comme dans l'Intendance devraient être considérés comme des stagiaires dans le corps, a été fixé à 46, alors que celui des officiers de justice militaire de 3^e classe (commandants) a été fixé à 32 et celui des officiers de justice militaire de 2^e classe (lieutenants-colonels) à 32 également. Ces fixations ont abouti à cette conséquence, que les officiers désirant entrer dans la justice militaire doivent attendre longtemps dans le grade d'officiers de justice militaire adjoints, grade stagiaire. Les officiers de justice militaire adjoints, promus le 25 mars 1934 officiers de justice militaire de 3^e classe avaient cinq ans et trois mois de grade. Entrant dans le corps de l'Intendance militaire ils auraient séjourné, en état actuel des effectifs, dans le grade correspondant d'intendant militaire adjoint, trois ans de moins, indépendamment de la hiérarchie plus étendue du corps de l'Intendance : concours pour concours, les officiers préfèrent entrer dans le corps de l'Intendance.

Pour assurer convenablement le recrutement du corps de la justice militaire, les effectifs des officiers des différents grades, pour un total de 115

Cette comparaison du recrutement des magistrats civils et des magistrats des parquets militaires, se résume ainsi :

1^o Les Juges d'Instruction des parquets militaires offrent des garanties de capacité technique absolument comparables à celles exigées des magistrats civils, peut-être même supérieures ;

2^o Il est à craindre qu'étant donné la situation offerte aux magistrats militaires, leur recrutement soit rendu difficile à bref délai.

3^o Ce n'est pas le recrutement au concours qui restreint les candidatures : il est donc à maintenir.

* * *

Nous pouvons en déduire qu'il n'y a, du fait des garanties de capacité offertes par les uns et par les autres, aucune raison d'accorder aux juges militaires des prérogatives moins étendues que celles accordées aux Juges d'Instruction ordinaires, et qu'il n'y a aucune raison de soumettre, les premiers, à une subordination plus rigoureuse que celle qui pèse sur les seconds. Leur situation sera cependant bien différente : les seconds sont des magistrats, tandis que les premiers, tout en devenant magistrats, restent officiers.

§ II

L'INAMOVIBILITÉ DES JUGES ET LE STATUT DES OFFICIERS.

Les Juges d'Instruction tant civils que militaires trouvent en définitive la *garantie de leur indépendance* dans ces ins-

(effectif antérieur réduit de 10 %) devraient être fixés aux nombres suivants :

Officiers de J. M. de 1 ^{re} classe (colonels).....	16 (il y a 15 trib. milit.)
— 2 ^e classe (lieut.-colonels).. <td>34</td>	34
— 3 ^e classe (commandants).. <td>40</td>	40
— adjoints (capitaines).....	<u>25</u>
	115

titutions non sans analogies : *l'immovibilité* des juges et le *statut des officiers*. Qu'il s'agisse du magistrat, qu'il s'agisse de l'officier, le moyen employé pour leur accorder des garanties est de préciser par une énumération limitative les cas où le fonctionnaire pourra être privé des avantages de la fonction.

Il est certaines fautes dont la gravité est telle que l'auteur est devenu indigne de la fonction.

Le magistrat frappé de la *dégradation civique* encourue soit comme peine principale, soit comme peine accessoire, de plein droit à raison d'une peine afflictive et infamante, est, *ipso facto*, dépossédé de sa fonction. Il en serait de même par l'application de l'article 175 du Code pénal aux termes duquel doit être déclaré à tout jamais incapable d'exercer une fonction publique tout fonctionnaire condamné en vertu de cet article. Enfin l'on peut ajouter que les tribunaux jugeant correctionnellement peuvent dans certains cas, interdire, en tout ou en partie, l'exercice de certains des droits civils civiques et de famille dont celui (4^e de l'art. 42 (1) du Code pénal) « d'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois ».

Le Juge d'Instruction militaire qui est officier *perd son grade* et par conséquent tous les avantages y attachés, dans les cas suivants (art. 1^{er} de la loi du 19 mai 1834) :

Perte de la qualité de français, prononcée par jugement.

Condamnation à une peine afflictive ou infamante,

Condamnation à une peine correctionnelle pour délits prévus par la section I et les articles 402, 403, 405, 406, 407 du chapitre II du titre II du livre III du Code pénal.

Condamnation à une peine correctionnelle d'emprisonnement et qui, en outre, a placé le condamné sous la surveillance de la haute police, et l'a interdit des droits civils, civiques et de famille.

1. A propos de l'article 42 du Code pénal dont une partie de phrase a été mal reproduite dans l'article 231, je note que le législateur de 1928, a rétabli la mort civile abolie par la loi du 3 mai 1854.

Destitution prononcée par jugement d'un Conseil de Guerre (tribunal militaire actuellement).

Indépendamment de cas prévus par les autres lois en vigueur la destitution sera prononcée pour les causes ci-indiquées :

1^o A l'égard de l'officier en activité, pour l'absence illégale de son corps après trois mois ;

2^o A l'égard de l'officier en activité, en disponibilité ou en non activité, pour résidence hors du royaume sans l'autorisation du Roi, après quinze jours d'absence.

Remarquons que ces deux derniers cas sont inopérants : l'absence non autorisée constitue la désertion avant que les délais ci-dessus indiqués ne soient écoulés et la destitution résulterait alors non pas de l'application de ces dispositions mais du jugement de condamnation du chef de désertion à l'intérieur ou de celui de désertion à l'étranger.

Il en résulte que tant pour les magistrats que pour les officiers, les sanctions pouvant les atteindre en vertu des dispositions ci-dessus énumérées, exigent la décision préalable d'un tribunal. Il n'y a donc rien à craindre pour leur indépendance vis-à-vis du gouvernement.

Mais il existe d'autre cas moins graves où le magistrat pourra être atteint par le pouvoir exécutif, et l'officier privé de la fonction.

Ce sont :

1^o *Pour le magistrat :*

a) Le cas où des infirmités graves ou permanentes le mettraient hors d'état d'exercer ses fonctions. Il peut alors en effet, à tout âge, et quelle que soit la durée de ses services, être mis d'office à la retraite sur avis du Conseil Supérieur, c'est-à-dire la Cour de cassation, toutes Chambres réunies. Il est procédé dans les formes et conditions prescrites par la loi du 16 juin 1824 ;

b) Le cas où la déchéance peut être prononcée à son égard, bien qu'inamovible, par le Conseil Supérieur de la

magistrature. (Sénatus consulte du 16 thermidor, an X et loi du 1^{er} mars 1852).

2^o Pour l'officier :

a) La réforme pour infirmités incurables. La réforme est alors prononcée à la suite d'une instruction faite dans les formes prévues pour les concessions de pensions pour blessures et infirmités. Dans la pratique la question est soumise également aux délibérations d'un Conseil d'enquête ;

b) La réforme par mesure disciplinaire. Un officier ne peut être mis en réforme par mesure disciplinaire que pour l'un des motifs suivants : inconduite habituelle, faute grave dans le service ou contre la discipline, faute contre l'honneur. La réforme est prononcée par décret du Président de la République sur la proposition du Ministre de la Guerre, et sur l'avis d'un Conseil d'enquête, avis qui ne peut être modifié qu'en faveur de l'officier.

Le magistrat et l'officier ont là encore le bénéfice de *garanties* comparables qui les soustraient aux *abus du pouvoir exécutif* : ils ne sont frappés que sur la décision du Conseil de la magistrature ; ou après avis conforme d'un Conseil d'enquête (1).

Le magistrat peut être l'objet, outre les *mesures disciplinaires* ci-dessus indiquées, d'une *suspension provisoire*, ou interdiction temporaire d'exercer les fonctions de magistrat, qui emporte privation de traitement pendant sa durée (habituellement de six mois ou un an). Cette suspension intervient de plein droit contre tout magistrat sous les liens d'un mandat d'arrêt, de dépôt, d'une ordonnance de prise de corps, ou d'une condamnation correctionnelle même pendant l'appel (loi du 20 avril 1816, art. 58). L'économie de cette disposition montre clairement l'intention du législateur : ne pas laisser ses fonctions au magistrat qui se trouve frappé d'une condamnation correctionnelle même non définitive et qui est l'objet d'une information pour crime.

1. Il importe de noter que même en réforme l'officier reçoit une solde de réforme ou une pension de réforme.

A part ces cas, de *suspension de plein droit*, la suspension, mesure disciplinaire, ne peut être prononcée que par le *Conseil supérieur*.

L'officier peut être mis en *non activité*, c'est-à-dire être l'objet d'un retrait temporaire de l'emploi par mesure disciplinaire. La mise en non activité est prononcée par le Président de la République sur rapport du Ministre de la Guerre. La réunion du *Conseil d'enquête* n'est pas nécessaire.

Cette sanction peut donc être prise et sera vraisemblablement la seule qu'osera prendre le pouvoir exécutif, pour les cas où le magistrat ou l'officier aura fait preuve d'indépendance. Or, à ce point de vue, le magistrat ne pourra être frappé que par le Conseil supérieur, l'officier pourra l'être par un acte d'autorité. Sans doute il disposera des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat ; mais cette voie de recours ne constitue pour lui qu'une garantie consécutive à la sanction, le magistrat dans la même situation jouit donc de garanties bien supérieures.

§ III

MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS DES JUGES.

1^o *L'action disciplinaire.*

Dans les *tribunaux de droit commun*, l'exercice de l'action disciplinaire appartient aux Présidents et Procureurs Généraux, Présidents et Procureurs de la République en ce qui concerne les magistrats placés sous leur dépendance. Chacun de ces magistrats a, en outre, la charge de provoquer l'action disciplinaire en signalant les fautes commises à l'autorité compétente supérieure, le siège et le parquet ont même un contrôle et un droit de dénonciation réciproque à ce sujet (loi du 20 avril 1810, art. 61). En effet les Cours d'appel et d'assises sont tenues d'instruire le Ministre de la Justice toutes les fois que les officiers du ministère public exerçant leurs fonctions auprès d'elles s'écarteront du

devoir de leur état et qu'ils en compromettent l'honneur ou la dignité ; les tribunaux de première instance instruisent le Premier Président et le Procureur Général des reproches qu'ils croient devoir faire aux officiers du ministère public ; d'autre part les Présidents des Cours et des tribunaux doivent avertir d'office ou sur la réquisition du ministère public, tout magistrat du siège qui compromettrait la dignité de son caractère.

Ainsi, tous les magistrats, qu'ils soient du parquet ou du siège, ont un droit de surveillance réciproque, droit qui se fonde sur la poursuite d'un but commun : le besoin de la considération publique, et la déconsidération qui rejaillirait sur tout le corps entier du fait des fautes d'un seul.

Dans les *parquets militaires*, l'action disciplinaire s'exerce d'une manière analogue mais non en tout point semblable en raison de la différence d'organisation :

Il n'existe pas de magistrats du siège car les membres du tribunal ne sont véritablement que des jurés. De ce côté aucune action disciplinaire.

Le Juge d'Instruction, le Commissaire du Gouvernement peuvent avoir des *substituts*. L'action disciplinaire s'établit entre eux comme devant les tribunaux de droit commun. Le *Commissaire du Gouvernement* exerce l'action disciplinaire sur ses substituts, le Juge d'Instruction de même. Enfin le Commissaire du Gouvernement étant le chef du parquet militaire et en ayant la direction, appartenant au même corps de la justice militaire que le Juge d'Instruction militaire, étant d'autre part toujours l'officier de justice militaire le plus élevé en grade du tribunal militaire près lequel il est affecté, a l'autorité disciplinaire non seulement sur le Juge d'Instruction, mais encore sur tout le personnel attaché au tribunal, que ce personnel y soit de façon permanente : Juges d'Instruction, substituts (1), greffiers,

1. La loi du 9 mars 1928, dispose qu'il peut être nommé un ou plusieurs « substituts » au Juge d'Instruction militaire de chaque tribunal militaire. La question s'est posée de savoir si les substituts du Juge d'Instruction militaire sont, vis-à-vis de ce magistrat, de simples délégués n'agissant que par délégation expresse ou tacite de lui, ou bien, s'ils sont de véritables magistrats instructeurs qui doivent être considérés comme des Juges d'Ins-

commis-greffiers, huissiers appariteurs, ou qu'il y soit tem-

truction placés à la tête des différentes Chambres d'Instruction d'un tribunal civil, le Juge d'Instruction militaire étant, vis-à-vis de ses substituts, dans la situation du doyen des Juges d'Instruction d'un tribunal, vis-à-vis des autres Juges d'Instruction de ce tribunal ?

La réponse à cette question est excellemment donnée par l'étude suivante :

« Les substituts du Juge d'Instruction militaire sont de véritables magistrats instructeurs qui tiennent leur pouvoir de la loi même, dans des conditions identiques à celles des Juges d'Instruction titulaires. L'argument de texte qui justifie cette décision est l'article 13 § 4, du Code de Justice Militaire aux termes duquel « les Juges d'Instruction militaire et leurs substituts procèdent à l'information ».

D'autre part, d'après les articles 45 et suivants du chapitre 4 où le Code définit les pouvoirs du Juge d'Instruction, aucune distinction n'est faite entre les Juges d'Instruction et les substituts des Juges d'Instruction. Il faut spécialement signaler à ce sujet le terme générique qui est employé par l'article 65.

Enfin, s'il était besoin d'un autre argument, on pourrait en tirer un autre de ce fait que la loi militaire précise avec minutie quelles sont les personnes qui ont un droit de regard sur les informations : l'inculpé et son défenseur d'une part ; le Commissaire du Gouvernement d'autre part. Aucune autre personne n'a droit de regard sur l'Instruction ; par suite la loi n'ayant pas donné aux Juges d'Instruction ce même droit en ce qui concerne les informations faites par les substituts, il faut en conclure à l'indépendance de ces derniers vis-à-vis des Juges d'Instruction militaires.

Mais par dessus tout il faut considérer l'esprit de la nouvelle loi militaire, qui, en substituant au Rapporteur, le Juge d'Instruction, a marqué son désir que ce dernier fût assimilé à ses collègues des tribunaux de droit commun. La simple lecture des articles 45 et suivants fait foi de cette volonté du législateur. L'indépendance professionnelle qui résulte de ce fait pour le juge, officier du corps autonome de la justice militaire, doit bénéficier également aux substituts du juge, de même que dans les tribunaux ordinaires, les juges suppléants chargés de l'Instruction ont des pouvoirs et prérogatives identiques à ceux du juge titulaire.

Au surplus la séparation des pouvoirs de poursuite et d'Instruction entre, d'une part, les Commissaires du Gouvernement, et d'autre part, les Juges d'Instruction est réalisée de façon à laisser au magistrat instructeur toute son indépendance pour mener avec impartialité son information.

C'eût été contrarier le but de la loi que de mettre le substitut du Juge d'Instruction, au point de vue professionnel, sous la hiérarchie du juge titulaire. Le substitut fait seul et par lui-même ses instructions ; il doit pouvoir statuer en toute indépendance à l'issue de l'information ; et, à cet égard, la loi de 1938 lui donne les mêmes prérogatives que le Code d'Instruction Criminelle aux Juges d'Instruction des tribunaux de droit commun.

S'il est besoin d'un argument de plus, on peut ajouter encore que par l'organisation même d'un système d'Instruction analogue à celui des tribunaux ordinaires, le Juge d'Instruction militaire constitue vraiment une

porairement : officiers stagiaires (1), commis auxiliaires, etc.

C'est ce que la loi du 28 mars 1928 exprime en disant que les officiers de justice militaire sont soumis aux règles de la discipline générale (art. 15).

C'est en vertu de cette même subordination hiérarchique que Juges d'Instruction et Commissaires du Gouvernement sont soumis à l'action disciplinaire des *généraux commandant les régions*, en ce qui concerne la discipline générale seulement.

Dans les tribunaux de droit commun, magistrats du siège, comme aussi ceux du parquet, sont soumis à la juridiction disciplinaire du *Garde des Sceaux*, lequel est investi sur tous d'un droit de surveillance (2).

De même les magistrats militaires sont, comme militaires, soumis à la juridiction disciplinaire du *Ministre de la Guerre*, soumission d'ailleurs plus complète (Voir Conseils d'enquête).

Mais cette subordination est indifférente aux prérogatives du Juge d'Instruction militaire en tant que Juge d'Instruction : elle ne lui enlève aucunement son indépendance. La répression des fautes commises dans l'exercice de ses fonctions, par contre, exige pour le bon exercice de la justice, une organisation délicate car il faut éviter que la moindre entrave soit apportée à la manifestation de la vérité.

En somme comme appartenant à la magistrature assise

juridiction d'instruction ; on ne concevrait pas qu'une juridiction d'instruction vit sa décision subordonnée à un lien hiérarchique.

En résumé, il résulte, aussi bien des textes que de l'esprit du Code de Justice Militaire, que le substitut du Juge d'Instruction n'est pas sous la dépendance de ce dernier dont il n'est pas le délégué et puise de la loi même, ses pouvoirs, prérogatives, initiatives et responsabilités ».

(M. Dupla Jean, conseiller juridique du gouvernement à la Résidence de Tunis. Travail effectué à l'Ecole de perfectionnement des officiers de justice militaire de réserve de Tunis).

1. Les officiers stagiaires sont ceux détachés par le ministre auprès des tribunaux militaires, pour une durée de deux ans au moins, dans les conditions prévues et fixées par l'article 13 § 6 du Code de Justice Militaire et le paragraphe 16 de l'Instruction du 11 octobre 1928.

2. Article 17 de la loi du 30 août 1883.

le Juge d'Instruction est à l'abri de l'arbitraire ; mais sa fonction de Juge d'Instruction, il la doit à une nomination du pouvoir exécutif, et cette nomination est toujours révocable. Le pouvoir exécutif peut donc toujours se passer des services d'un juge comme Juge d'Instruction, c'est tout ce qu'il peut faire.

Comme *officier de police judiciaire*, le Juge d'Instruction est soumis à une discipline spéciale édictée par les articles 280, 281 et 282 du Code d'Instruction Criminelle, exercée par le Procureur Général.

En cas de négligence de leur part, le Procureur Général qui a sur les officiers de police judiciaire un droit de surveillance peut infliger aux Juges d'Instruction un avertissement qui est consigné par lui sur un registre tenu à cet effet ; en cas de récidive, c'est-à-dire si le magistrat est repris pour quelque fait que ce soit, avant l'expiration d'une année, à compter du jour de l'avertissement, le Procureur Général le dénonce à la Chambre des mises en accusation, et, mais seulement si celle-ci l'y autorise, le fait citer devant elle en Chambre du Conseil. La Cour, au cas où elle estimerait que la poursuite est fondée, lui enjoint d'être plus exact à l'avenir, le condamne aux frais, tant de la citation que de l'expédition et de la signification de l'arrêt. Il convient de remarquer que ce mode de sanction ne peut être suivi pour n'importe quelle faute disciplinaire commise par un Juge d'Instruction, mais seulement pour les fautes de négligence professionnelle, relatives à l'exercice de la police judiciaire.

Quant à ses actes d'instruction, le Juge d'Instruction ne doit de compte à personne : il ne relève que de sa conscience. Cette indépendance a été voulue par le législateur : il a craint que, si le magistrat qui a eu l'initiative de la poursuite, le parquet, pouvait s'immiscer, si peu que ce soit, dans l'exercice de l'information, il n'apportât, par amour-propre, une certaine obstination à faire aboutir cette poursuite, envers et contre tout. C'est ce qui explique l'indépendance totale du juge pour ses actes d'instruction proprement dits. Quoi qu'il fasse, son indépendance

est absolue : à raison de ses actes il ne peut être soumis à aucune sanction disciplinaire.

Voyons comment est garantie l'indépendance professionnelle du Juge d'Instruction militaire.

Le *Juge d'Instruction militaire* n'est pas, comme le Juge d'Instruction civil, nommé pour une période de temps : affecté à un tribunal militaire il y demeure affecté en cette qualité tant qu'une décision ministérielle ne l'affecte pas à un autre tribunal en la même qualité ou ne le nomme pas à une autre fonction. (Substitut du Commissaire du Gouvernement) près le même tribunal militaire, ou près d'un autre tribunal. Mais à l'opposé du juge civil, il n'est pas couvert par l'inamovibilité. Comme lui il est protégé contre la révocation, la rétrogradation, mais par la loi du 19 mai 1834 sur le statut des officiers. Mais il n'est pas à l'abri d'un déplacement : il peut être déplacé pour raison de service par le ministre. « Les officiers de justice militaire ne relèvent que de leurs chefs hiérarchiques et du Ministre de la Guerre dans l'exercice de leurs fonctions ».

Nommés par le Ministre de la Guerre, ils ne dépendent du commandement qu'en ce qui concerne les règles de la *discipline* générale, règles à eux applicables en tant qu'officiers, et sont absolument indépendants de lui pour tout ce qui concerne l'exercice de la fonction judiciaire. Mais l'indépendance qui en résulte est-elle absolue ? Non, car le général commandant le Corps d'Armée est appelé à noter les officiers de justice militaire de sa circonscription, au point de vue tenue et discipline générale (1). Il pourrait être à craindre que ces notes se ressentent de certaines manifestations d'indépendance professionnelle du Juge d'Instruction militaire.

Ils relèvent de leurs chefs hiérarchiques et du ministre (art. 85). Que faut-il entendre par les chefs hiérarchiques du Juge d'Instruction ? Le chef hiérarchique du Juge d'Instruction militaire est le *Commissaire du Gouvernement*. Le Juge d'Instruction militaire relève donc de lui, mais seule-

1. Art. 108 de l'instruction du 11 juillet 1930.

ment au point de vue discipline générale, accomplissement de ses devoirs généraux d'officier, dans le tribunal, exactitude à accomplir ses obligations professionnelles. Là doivent s'arrêter les pouvoirs du Commissaire du Gouvernement sur le Juge d'Instruction, car, dans *l'exercice de ses fonctions*, celui-ci est indépendant du Commissaire du Gouvernement, comme le Juge d'Instruction civil, l'est du Procureur de la République.

Un exemple de conflit hiérarchique nous est donné, en même temps que le principe devant dominer la matière, par la circulaire ministérielle du 11 janvier 1861, rappelée par celle du 26 décembre 1930.

Voici les faits : un conflit naquit sous le régime du Code de 1857 entre un Commissaire Impérial (aujourd'hui Commissaire du Gouvernement) et un Rapporteur (aujourd'hui Juge d'Instruction).

Alors, comme aujourd'hui, le Commissaire Impérial était le chef hiérarchique du Rapporteur. Appelé à arbitrer le conflit, le général le soumit au ministre et lui demanda, notamment, si le Commissaire Impérial a droit de contrôle sur les actes du Rapporteur en tant que ce dernier agit comme Juge d'Instruction : s'il a le droit notamment de surveillance sur le même officier pour ce qui regarde les règles générales de la discipline, c'est-à-dire, l'exactitude à remplir ses fonctions, sa présence dans la place, etc...

Sans doute le ministre d'alors, le Maréchal Randon, répondit que cette question devait être résolue par la négative. « On ne saurait, dit-il, pour déterminer les rapports de service du Commissaire Impérial et du Rapporteur prendre pour base les règles et les principes de la hiérarchie militaire. Bien que le Commissaire Impérial soit le chef du parquet et en ait la direction, le Rapporteur reste indépendant dans la sphère de ses attributions ».

Cette solution est encore valable (1). Le Juge d'Instruction n'a pas actuellement besoin d'obtenir une autorisation du Commissaire du Gouvernement pour quitter la place s'il

1. La circulaire ministérielle du 26 décembre 1930 le rappelle.

désire se déplacer pour une instruction : il mène son instruction comme il lui plait sans que le Commissaire du Gouvernement puisse lui imposer sa conception propre.

Cette indépendance du Juge d'Instruction vis-à-vis du Commissaire du Gouvernement, principe essentiel du Code d'Instruction Criminelle, voulue par le législateur, affirmée par le ministre, peut-elle être absolue ? Oui, si le Commissaire du Gouvernement en a la notion exacte, et s'il se fait un point d'honneur de la respecter. Non, dans le cas contraire et s'il considère que ses rapports avec le Juge d'Instruction, sont des rapports de supérieur à inférieur, de chef à subordonné.

Le Commissaire du Gouvernement en effet, chef hiérarchique du Juge d'Instruction, est appelé à le noter et il y a tout lieu de prévoir que le jugement porté sera le seul pris en considération par la Commission chargée de l'établissement de la liste d'aptitude à l'*avancement*. Il peut donc être enclin, si le Juge d'Instruction a fait preuve, à son endroit, dans ses actes d'instruction, d'une indépendance qui lui a déplu, à profiter de cette occasion pour prendre sa revanche, à moins que le Juge d'Instruction ne puisse, par un moyen extra-réglementaire, faire entendre un autre son de cloche.

Bien plus, il a le *droit de punir* un Juge d'Instruction, qui dépend de lui disciplinairement, pour une faute contre la discipline.

Supposons un Commissaire du Gouvernement imbu d'autoritarisme ; s'il estime que son Juge d'Instruction n'est pas suffisamment docile, — il a, par exemple, refusé de faire droit à ses réquisitions, — il pourra toujours lui infliger une punition, dont le motif avoué, ne sera pas le véritable motif. C'est de l'arbitraire, il est vrai, mais l'indépendance du Juge d'Instruction, telle qu'elle est organisée, ne le met pas complètement à l'abri de l'arbitraire du Commissaire du Gouvernement.

Il résulte de cette combinaison de règles, s'appliquant à la matière, que l'indépendance du Juge d'Instruction militaire ne sera fonction que de son propre *caractère*. Causant,

un jour, de l'indépendance du Juge d'Instruction militaire, un de mes collègues, Juge d'Instruction, en mal d'avancement, me dit : « Mon indépendance a peut-être été voulue, mais, avec le feuillet de notes de mon dossier du personnel, elle est enfermée dans le tiroir du Commissaire du Gouvernement ». Ce n'est évidemment qu'une boutade, mais elle montre d'abord, qu'il peut y avoir des Commissaires du Gouvernement admettant difficilement cette indépendance, et des Juges d'Instruction craignant, en manifestant cette indépendance, de mécontenter leur Commissaire du Gouvernement.

Et pourtant la nécessité de notes données sur le Juge d'Instruction par le Commissaire du Gouvernement est évidente. Comment alors parer à l'inconvénient signalé ?

Peut-être en décidant que les Juges d'Instruction seront notés également, au point de vue professionnel, par le *Président du Tribunal*. Il le pourrait puisqu'il étudie les procédures des affaires qui sont jugées sous sa présidence, et peut de ce fait, se faire une idée assez exacte de la valeur professionnelle du Juge d'Instruction. Ce magistrat, étant donné son rang dans la hiérarchie judiciaire, — c'est un conseiller à la Cour d'appel —, sa situation tout à fait en dehors de l'organisation du personnel judiciaire militaire, ne pourrait être suspecté de la moindre animosité ou de parti-pris contre le Juge d'Instruction militaire du tribunal. Si donc un Commissaire du Gouvernement, à la faveur *du secret des notes* (1), était tenté en rédigeant celles-ci de nuire à son Juge d'Instruction, la pensée qu'il n'est pas seul

1. Actuellement, les officiers sont notés chaque année par leur chef de corps ou de service. Ces notes inscrites au feuillet du personnel sont transcrites sur un relevé adressé au Ministre.

Ces notes sont secrètes. Elles ne sont pas communiquées aux intéressés sauf si ceux-ci se mettent dans le cas d'être traduits devant un conseil d'enquête.

Pour éviter dans une certaine mesure que les Commissaires du Gouvernement qui voudraient profiter de ce mode de notations pour assouvir leurs petites rancunes contre certains de leurs subordonnés ne soient tentés d'en user, il faudrait que les notes soient communiquées aux intéressés par l'autorité qui les donne. Un chef a une opinion, bonne ou mauvaise, sur chacun de ses subordonnés : s'il est véritablement chef, il doit avoir le courage non seulement de l'exprimer exactement dans les notes qu'il donne, mais encore de la faire connaître à ceux qu'elle concerne.

à émettre une opinion, serait de nature à l'inciter à une plus stricte impartialité.

Il reste à rapprocher la situation du Juge d'Instruction militaire de celle du Juge d'Instruction ordinaire en ce qui concerne leur rôle comme officiers de police judiciaire. Le Juge d'Instruction de droit commun est normalement officier de police judiciaire, et, à ce titre, il est soumis à la surveillance du Procureur Général (art. 280-281 et 282 du Code d'Instruction Criminelle). Le Juge d'Instruction militaire ne devient officier de police judiciaire qu'en cas de flagrant délit, c'est-à-dire très exceptionnellement. D'autre part, il serait incompréhensible, les autres officiers de police judiciaire n'étant, à ce titre, soumis qu'à une surveillance hiérarchique, que l'on crée, pour le Juge d'Instruction militaire une autre surveillance que cette même surveillance hiérarchique qui s'étend sur ses actes, même ceux d'instruction dans la pratique.

2^o *La responsabilité pénale.*

Les magistrats des juridictions ordinaires ont, en matière pénale, le bénéfice de règles particulières de juridiction et de compétence variant, d'une part suivant leur place dans la hiérarchie judiciaire, d'autre part suivant que le crime ou délit a été commis dans l'exercice de leurs fonctions ou hors de leurs fonctions.

Ces règles sont les suivantes :

1^o Les juges de paix, les membres des tribunaux de première instance, les officiers chargés du ministère public près l'un de ces tribunaux, pour crimes ou délits commis *hors de leur fonction* étaient, antérieurement à la loi du 24 février 1934 et en vertu de l'article 479 du Code d'Instruction Criminelle, justiciables de la Cour d'appel pour les délits comportant une peine correctionnelle (privilège de juridiction). Ces dispositions ont été abrogées en raison des abus auxquels elles avaient donné lieu, et que des scandales récents avaient révélés.

Il n'y a plus actuellement de privilèges de juridiction proprement dits. Le Premier Président de la Cour d'appel sur réquisitoire du Procureur Général désigne pour connaître des poursuites un tribunal du ressort de la Cour, autre que celui dans le ressort duquel le prévenu exerce ses fonctions. Par ces dispositions nouvelles résultant de la loi du 24 février 1934 qui a modifié l'article 479 du Code de Procédure criminelle est rétabli le double degré de juridiction.

En cas de renvoi devant la Cour d'assises, c'est-à-dire lorsqu'une peine criminelle est encourue, la Chambre d'accusation devra ordonner que l'accusé soit renvoyé devant une Cour d'assises autre que celle dans le ressort de laquelle le magistrat prévenu exerce ses fonctions (art. 480 du Code d'Instruction Criminelle, modifié par la loi du 24 février 1934).

2° Les membres des Cours d'appel, ou les officiers exerçant près d'elles les fonctions de ministère public, pour crimes commis hors de leurs fonctions, reçoivent application des articles 481 et 482 du Code d'Instruction Criminelle. Toute dénonciation ou plainte les concernant doit être adressée au Ministère de la Justice, ainsi d'ailleurs que copie des pièces de la procédure. Le Ministre de la Justice transmet les pièces à la Cour de cassation (Chambre des Requêtes) qui renvoie l'affaire soit à un tribunal de police correctionnelle, soit à un Juge d'Instruction, désignés l'un et l'autre comme réglé par les articles 479 et 480 du Code d'Instruction Criminelle (modifiés par la loi du 24 février 1934). Pour prononcer la mise en accusation le renvoi sera fait à une autre Cour d'appel.

3° Pour délit comportant une peine correctionnelle, commis dans *l'exercice de leurs fonctions, par les Juges de Pair, les membres des tribunaux de première instance, les officiers chargés du ministère public*, l'article 479 du Code d'Instruction Criminelle est encore appliqué : et en cas de crime comportant la forfaiture des dispositions analogues à celles de l'article 480. Le Premier Président de la Cour d'appel et le Procureur Général remplissent les fonctions de Juge d'Instruction et de Procureur de la République ou

peuvent désigner spécialement chacun en ce qui le concerne l'officier qui devra les remplir. Les décisions qu'ils prennent comme tels ne sont susceptibles d'aucun recours devant la Chambre des mises en accusation, en particulier, la partie civile n'est pas recevable à former opposition à l'ordonnance par laquelle le Premier Président déclare qu'il n'y a pas lieu d'informer.

4^e Enfin, une procédure toute spéciale est prévue pour les crimes commis dans l'exercice des fonctions, emportant la peine de la forfaiture ou autre plus grave, imputé aux tribunaux entiers de commerce, correctionnel ou de première instance, ou individuellement à un ou plusieurs membres des Cours d'appel, aux Procureurs Généraux, et substituts des Procureurs Généraux près les Cours d'appel.

Dans les poursuites pénales dont ils peuvent être l'objet, les membres des tribunaux ordinaires ont des « privilèges » d'instruction et de compétence qui se justifient surtout par le besoin de les soustraire à la compétence de juges et de tribunaux dont l'impartialité pourrait être mise en doute. On pourrait en particulier craindre que pour les infractions commises hors de leurs fonctions, les membres de la magistrature ne trouvent auprès des magistrats et des tribunaux de leur ressort une indulgence qu'excuserait l'esprit de corps ; c'est ce que la loi a voulu prévenir en les soustrayant systématiquement au jeu de la procédure normale.

Cette même raison ne pouvait valoir pour les crimes de la compétence de la Cour d'assises ; devant cette juridiction en effet, c'est le peuple lui-même qui prononce sur le fait. Aussi l'instruction seule est-elle réglée spécialement et toujours de la même façon : c'est-à-dire de telle sorte que soit évité tout doute sur l'impartialité du magistrat qui en est chargé.

* * *

Il était donc normal que ces raisons justifiant les règles particulières de procédure et d'instruction n'étant pas les mêmes, en ce qui concerne les *Juges d'Instruction militaire*,

ceux-ci ne bénéficient pas d'exceptions comparables. Les règles générales du droit pénal leur sont appliquées avec toutefois cette particularité, tenant à leur qualité de militaires qu'ils peuvent, suivant le cas, être justiciables des tribunaux de droit commun ou des tribunaux militaires.

Et tout d'abord pour les infractions commises par les Juges d'Instruction militaires et entrant dans la compétence des *tribunaux du droit commun*, rien ne postulait des règles particulières d'instruction ou de compétence : ils suivent le droit commun. Les magistrats et tribunaux du ressort ne seront pas suspects de se laisser influencer plus qu'ils ne le sont pour leurs justiciables ordinaires.

Par contre, lorsque les infractions commises hors de leurs fonctions par les Juges d'Instruction, sont de la compétence des *tribunaux militaires*, les motifs justifiant les règles spéciales d'instruction et de compétence dont jouissent les magistrats devant les tribunaux ordinaires, retrouvent toute leur valeur.

Aussi la loi du 15 mars 1928 et le décret du 28 décembre 1928 ont sagement agi en prévoyant les mesures spéciales suivantes :

1^o Les officiers de justice militaire et par conséquent les Juges d'Instruction militaires, ne peuvent être traduits devant une juridiction militaire en temps de paix que sur l'ordre du ministre (art. 15 de la loi du 15 mars 1928) :

2^o Lorsqu'un officier de justice militaire est l'objet d'un ordre d'informer, le Ministre de la Guerre désigne les officiers de justice militaire qui seront chargés des fonctions de *Commissaire du Gouvernement* et de *Juge d'Instruction*. Ces officiers doivent être pris en dehors du tribunal militaire auquel est attaché l'officier de justice militaire inculpé.

En tout cela les règles appliquées au magistrat militaire sont semblables à celles appliquées au magistrat civil. Mais aucune disposition ne prévoit de règles particulières de désignation aux fonctions de police judiciaire, dans une affaire où le prévenu est un magistrat militaire. Si le prévenu est un magistrat civil, il appartient au Procureur

Général de désigner aux fonctions de police judiciaire.

En l'absence de dispositions exceptionnelles sur ce point il semble que l'on doive conclure à l'application du droit commun militaire. Le général commandant la circonscription territoriale reste chargé de rechercher les infractions commises dans sa circonscription (art. 23 de la loi du 15 mars 1928). Il est assisté par les officiers de police judiciaire. Il pourrait donc, dans une affaire de la compétence du tribunal militaire où un Juge d'Instruction militaire pourrait être prévenu, confier la police judiciaire à un officier de gendarmerie par exemple, un commandant d'armes, le major de garnison, etc. ; il ne pourrait pas en charger un officier de justice militaire, ceux-ci n'étant officiers de police judiciaire qu'en cas de flagrant délit.

Aucune disposition ne modifie les *règles de compétence spéciale* des tribunaux militaires appelés à juger un Juge d'Instruction militaire. Il en est de même pour le magistrat civil devant comparaître devant la Cour d'assises. Il y a donc sur ce point assimilation complète. Mais par le jeu des règles relatives à la composition du tribunal, le Juge d'Instruction militaire bénéficie sur le Juge d'Instruction du droit commun d'un avantage.

En effet le tribunal appelé à juger un officier de justice militaire est composé suivant les règles fixées par le Code de Justice Militaire pour le jugement des officiers de grade correspondant. Dans tous les cas (1) les deux juges militaires du grade le moins élevé sont remplacés par *deux membres du corps autonome de la justice militaire*, pris en dehors tant du tribunal militaire auquel appartient l'inculpé que du tribunal militaire saisi. La désignation de ces deux membres est faite par le Ministre de la Guerre, dans l'ordre du tableau.

Cette différence toute favorable au Juge d'Instruction militaire (le magistrat civil en pareille circonstance est jugé, quant au fait, par un jury composé uniquement de simples citoyens) est la conséquence d'une disposition légale générale s'appliquant à tous les corps spéciaux d'officiers.

1. Décret du 28 décembre 1928, article 1^{er}.

Il importe de préciser la *portée* de cette disposition. Dans le cas où l'affaire ne comporte qu'un seul inculpé, officier de justice militaire, aucune difficulté ne se pose. Le Juge d'Instruction et le Commissaire du Gouvernement sont désignés par le ministre comme indiqué ci-dessus, et le tribunal comprend deux juges appartenant au corps autonome de la justice militaire.

Mais dans le cas de *complicité* quelles règles appliquer ? Assurément, la désignation du *Juge d'Instruction* et du *Commissaire du Gouvernement* appartiendra au ministre. Cette disposition ne saurait préjudicier à aucun des inculpés : l'instruction de l'affaire est menée par un officier de justice militaire, les fonctions de ministère public sont exercées par un officier de justice militaire. Mais il en est autrement de la disposition relative aux deux juges du grade de l'inculpé devant entrer dans la composition du tribunal.

La règle générale du paragraphe 8 de l'article 10 du Code de Justice Militaire est la suivante. « S'il y a plusieurs inculpés de différents grades ou rangs, la composition du tribunal militaire est déterminée par le grade ou le rang le plus élevé ». Si l'on suppose le cas de plusieurs inculpés dont l'un appartient au corps autonome de la justice militaire et n'est pas l'inculpé du grade le plus élevé, cette disposition ne peut être conciliée avec celle du décret du 28 décembre 1928 décidant que « *dans tous les cas* » le deux juges militaires des grades le moins élevé sont remplacés par deux membres du corps autonome de justice militaire. Laquelle de ces deux dispositions sera appliquée ?

Il semble à première vue, que de ces deux dispositions résultant l'une de la loi, l'autre du décret, la première doive l'emporter : le décret ne pouvait disposer autrement que ne le fait la loi.

Mais il importe de préciser que la loi dispose de façon générale et que les dispositions du décret semblent régler un cas spécial. D'autre part, le législateur lui-même semble avoir envisagé des dispositions spéciales au cas qui nous occupe (art. 15, § 3 *in fine*). « Un décret portant règlement

d'administration publique fixera la composition du tribunal militaire et du Conseil d'enquête devant lesquels ils pourront être traduits ou appelés à comparaître ». Le pouvoir exécutif a reçu délégation du pouvoir législatif pour régler la question. Ce n'est donc pas par la hiérarchie des textes (loi et décret) que nous pouvons résoudre la question, les dispositions du décret ayant été expressément visées par la loi elle-même. Le décret doit fixer *la composition* du tribunal militaire. Et le décret la fixe *dans tous les cas*.

Il semble donc que l'on doive chercher la solution dans le rang d'importance que le législateur a entendu assigner à ces dispositions ou dans le rang que lui assigne leur nature même.

1^o *Le tribunal doit comprendre deux juges de même grade que l'inculpé et plus anciens que lui.* — Déjà la loi du 4 fructidor an V avait prévu la formation de Conseils de Guerre spéciaux pour le jugement des officiers supérieurs et généraux. Le législateur de 1857 fit sienne cette disposition et l'étendit à la composition de tous les Conseils de Guerre : la composition du tribunal varie suivant le grade de l'inculpé. Elle doit répondre à deux conditions : d'abord les juges doivent être au moins du même grade que l'accusé ou d'un grade supérieur. C'est au nom de la hiérarchie militaire, de la discipline que le législateur n'a pas voulu que l'inférieur puisse juger son supérieur : « Il ne saurait y avoir de véritable justice que là où règnent une impartialité absolue, l'indépendance de position et ce détachement de tout intérêt et de toute préoccupation qui sont à la fois la garantie de l'accusé et celle d'une saine application de la loi ».

En outre il convenait de ne pas trop multiplier les éléments d'indulgence ; d'autant plus que parallèlement on voulait que trois voix fussent à l'acquittement, d'où réduction à deux du nombre des juges du grade égal à celui de l'accusé. « On a vu un certain danger à multiplier, dans un conseil où trois voix suffisent pour l'acquittement, le nombre des juges qui ont avec l'accusé des relations journalières ».

Telle est l'origine de cette première règle relative à la composition du tribunal que reproduit sans changement le législateur de 1928. On peut la critiquer : on peut en particulier lui reprocher de prendre pour la composition du tribunal militaire des précautions qui ne sont pas prises pour la composition du jury mais que supplée le droit de récusation dont jouit l'accusé en vertu des articles 399 à 401 du Code d'Instruction Criminelle.

En tout cas, on peut reprocher au législateur de n'être pas logique avec lui-même. En effet les fonctions de Commissaire du Gouvernement et de Juge d'Instruction peuvent être remplies par un magistrat militaire d'un grade inférieur à celui de l'inculpé. Or, il peut paraître tout aussi important pour la discipline et la « saine application de la loi » qu'il soit, pour l'attribution de ces fonctions, tenu compte de l'ordre hiérarchique. Il est vrai que l'inconvénient est en partie éludé parce que le législateur a rendu les officiers du corps autonome indépendants. Dans un cabinet d'instruction ce n'est pas X officier de justice militaire de 3^e classe (commandant) qui instruit à l'égard du colonel Y, c'est le Juge d'Instruction en face de l'inculpé. Au tribunal, ce n'est pas l'officier de justice militaire de 2^e classe (lieutenant-colonel) qui requiert contre le colonel Y, c'est le ministère public qui requiert contre l'inculpé. De plus, un magistrat doit se comporter en tout « en digne et loyal magistrat », il en fait le serment et ce ne sont pas des considérations hiérarchiques qui le feront agir contre sa conscience (1).

On doit néanmoins considérer que le législateur n'a pas attaché à cette disposition une très grande importance. Il l'a fait céder devant l'*impossibilité*, et plutôt que de réduire le nombre des membres du tribunal. Toutefois il limite à deux le nombre des juges choisis dans un grade inférieur à celui de l'inculpé (art. 157). Il ne le limite pas pour la composition des tribunaux des places de guerre (art. 161).

1. Le Code de 1857 prescrivait dans son article 16 : « Les fonctions de Commissaire du Gouvernement sont remplies par un officier d'un grade ou d'un rang au moins égal à celui de l'accusé ».

2° *Pour juger un inculpé appartenant à un corps ou service ayant une hiérarchie propre, le tribunal militaire est composé de deux membres de ce corps ou service remplaçant les juges militaires du grade le moins élevé.* — Cette disposition est toute nouvelle : elle apparaît pour la première fois dans la loi du 15 mars 1928. Une disposition analogue avait été édictée dans la loi du 4 fructidor an V : « Elle se fonde sur la nécessité de donner aux accusés la garantie d'une appréciation plus pratique des faits ». Le législateur de 1857 l'avait rejetée, motif pris de ce que « le Conseil de Guerre, comme la justice ordinaire, a tous les moyens de s'éclairer quand il s'agit d'une affaire spéciale ». Et dans un tribunal, composé de sept juges et où trois voix suffisent à l'acquittalment « il ne nous a pas paru sans danger de faire siéger deux juges de la même profession que l'accusé ; faisant partie, comme lui, d'un corps très peu nombreux, dont tous les membres se connaissent ; qui ont des intérêts communs à défendre, et un honneur commun à soutenir ». Ces motifs sont assez faibles, on ne voit pas les intérêts communs que l'on peut avoir à défendre et l'honneur commun à soutenir dans un jugement criminel.

La vraie raison est celle-ci : « le Conseil de Guerre forme une juridiction essentiellement militaire, c'est dans la partie militaire de l'armée qu'elle se recrute et elle juge sans exception les militaires, les assimilés, même les individus appartenant à l'ordre civil dans le cas où la loi les déclare justiciables du tribunal militaire ». Le Conseil de Guerre est un tribunal militaire, ses membres ne peuvent être recrutés que parmi les militaires, les assimilés en seront exclus.

Depuis 1857 les idées ont évolué : la différence entre militaires et assimilés s'est atténuée. D'autre part, on est moins opposé à l'intrusion de l'élément non militaire dans la composition du tribunal militaire : on n'estime plus avec autant de certitude que la justice militaire pour être bien reconnue doit l'être par de purs militaires. De même que l'opposition n'a pu empêcher la présidence du tribunal par un juge civil, motivée par le souci de justice, de même on admet que les assimilés siègent au tribunal. Ce n'est pas

qu'on les mette sur un pied d'égalité avec les militaires purs : ils n'entrent pas normalement dans la composition du tribunal. Ils y remplacent les juges militaires du grade le moins élevé quand il s'agit de juger un inculpé appartenant à un corps ou service ayant une hiérarchie propre.

Cette innovation de la loi de 1928 est heureuse. Il était normal que, la justice militaire étant motivée par le besoin de confier à des militaires l'appréciation de fautes contre le devoir militaire, pour obtenir une saine application de la justice, on fit appel à des spécialistes ne fussent-ils qu'assimilés aux militaires, pour apprécier des fautes commises par un inculpé ayant une mission, des obligations professionnelles, des responsabilités bien différentes de celles que connaissent les purs militaires. Ainsi le refus d'obéissance de la part d'un officier du corps autonome de justice militaire, d'un Juge d'Instruction dont l'indépendance est la qualité capitale, peut prendre un aspect que ne soupçonne pas un officier de corps de troupe pour qui « la discipline est la vertu principale ». La présence des juges de la hiérarchie de l'inculpé semble donc être une disposition de nature à assurer une exacte compréhension des faits de la part du tribunal, et l'on attend de ces deux juges que par leurs questions aux témoins, à l'inculpé, au cours de l'audience ils fassent entrevoir au tribunal entier les aspects imprévus que peut présenter l'affaire qui leur est soumise.

De cette comparaison entre les deux mesures, celle prescrivant que deux juges doivent être du même grade que l'inculpé et celle spéciale au cas où l'inculpé appartient à une hiérarchie propre, il résulte que la première est une mesure de démocratie appliquée à un personnel hiérarchisé, favorable à l'impartialité. La deuxième est une mesure utilitaire : elle a pour but d'assurer que le tribunal sera bien éclairé, sera exactement renseigné sur tous les aspects des faits ; mais faut-il en déduire que si dans des circonstances exceptionnelles la première règle devenait inapplicable, l'impartialité du tribunal ne pourrait exister ? Certes non, l'impartialité n'est pas le fait du rang hiérarchique. La mesure édictée par la loi, est une mesure sou-

hailable pour le bon renom du tribunal militaire, afin que l'on ne puisse dire que ces tribunaux d'exception jugent d'après le principe d'autorité et non d'après la justice, argument tiré de leur composition. Par contre la deuxième règle, règle pratique, est une condition essentielle de justice : les juges ne sont jamais trop exactement éclairés. Les garanties de saine appréciation des faits qu'exige la loi ne sont pas seulement souhaitables, elles sont de rigueur. Quand le juge a prêté le serment on doit attendre son impartialité ; mais même quand il se déclare suffisamment éclairé, il n'a certainement pas vu tous les aspects de l'affaire. La première disposition, celle relative aux juges du grade de l'inculpé, se présente comme souhaitable, faite pour donner satisfaction à l'opinion publique ; la deuxième, celle relative à la présence de juges de la même hiérarchie que l'inculpé, comme nécessaire à la bonne justice, comme obligatoire.

Dès lors on peut s'étonner de ce que la *Commission consultative de la justice militaire* (voir le procès-verbal de sa séance du 6 juin 1930), appelée à interpréter la loi, ait admis que le législateur ait attaché plus d'importance à la première de ces règles qu'à la seconde, et que, l'une de ces dispositions devant être abandonnée dans le cas où elles sont inconciliables, ce soit la seconde qui cède le pas.

La raison de cette interprétation de la pensée du législateur doit être cherchée dans la rédaction déroutante de la loi.

« Le juge du même grade que celui de l'inculpé devra toujours être d'une ancienneté supérieure. Au cas où cette condition ne pourrait être remplie, ce juge sera remplacé par un juge du grade immédiatement supérieur (art. 10 al. 6).

« Pour juger un inculpé appartenant à un corps ou service possédant une hiérarchie propre et dont les membres jouissent du bénéfice de la loi du 19 mai 1834 sur l'état des officiers, le tribunal militaire est composé suivant le grade auquel correspond le rang ou la solde de l'inculpé et deux membres de ce corps ou service remplacent les juges militaires du grade le moins élevé. (art. 10 al. 7).

« S'il y a plusieurs inculpés de différents grades ou rangs, la composition du tribunal militaire est déterminée par le grade ou le rang le plus élevé (art. 10 al. 8). »

De ces dispositions, c'est celle de l'alinéa 8 qui sert à régler la composition du tribunal dans les cas où la solution reste indécise. Cet alinéa 8 donne, dans le cas de plusieurs inculpés de différents grades ou rangs, la composition du tribunal militaire ; elle est déterminée par le grade ou rang le plus élevé. Faut-il y trouver la solution dans le cas où les inculpés multiples appartiennent à des corps ou service possédant une hiérarchie propre ?

Oui, dit la Commission consultative prétendant inter prêter le désir du législateur. Il faut pour cela, la solution par l'interprétation qui en est donnée étant double, que le législateur ait visé les deux cas bien distincts de la pluralité de grades et de hiérarchies.

Il semble qu'il en soit ainsi. Le texte vise expressément la pluralité des grades (s'il y a plusieurs inculpés de différents grades) et apporte pour ce cas la solution ; le tribunal est déterminé par le grade le plus élevé, mais le texte vise également la pluralité de rangs et apporte alors une solution parallèle de la précédente. Pour voir dans le texte de l'alinéa 8 une solution en ce qui concerne les inculpés appartenant à des hiérarchies différentes, il faut donner à l'expression « rang » la signification de hiérarchie. Or, le texte de l'alinéa 8 ne peut recevoir cette interprétation.

Ce texte en effet est la reproduction mot pour mot de l'art. 14 de la loi du 9 juin 1857 dans lequel le terme « rang » sert à désigner le « grade » dans les services assimilés, et cela à n'en pas douter (1). C'est le solliciter, contre toute vraisemblance, que de lui donner la signification que semble lui attribuer l'avis de la Commission consultative.

Il en résulte que cet alinéa 8 donne la solution dans le cas où les inculpés appartiennent à des grades différents : la composition du tribunal est déterminée par le grade le

1. En effet la loi de 1857 n'admettait pas la présence d'assimilés dans les Conseils de guerre.

plus élevé, appartient-il à un militaire 100 % ou à un assimilé. Il ne faut pas lui demander autre chose.

Et dans le cas où se trouve parmi les inculpés, un assimilé, la solution est donnée tout entière, qu'il soit inculpé unique, ou qu'il le soit en compagnie d'autres inculpés, dans le seul alinéa réglant cette question, l'alinéa 7. Le texte de cet alinéa 7 permet cette interprétation : il ne dit pas que le tribunal doive comprendre deux membres du corps ou service du grade de l'assimilé ou inculpé, mais bien que « *deux membres de ce corps ou service remplacent les juges militaires du grade le moins élevé* ».

Il reste à réfuter un argument tiré de l'impossibilité d'appliquer la loi dans le cas de *complication* extrême présenté à la Commission consultative dans le rapport précité. « Cette solution apparaît en défaut dès qu'il s'agit de juger deux inculpés appartenant à deux services différents ou encore, plus de deux inculpés. On serait en effet conduit pour assurer la même garantie à chacun, à introduire dans le tribunal militaire plus de deux représentants des services ».

« Nous trouverions ainsi des tribunaux militaires comprenant, par exemple : deux colonels, deux intendants, deux officiers d'administration : en poussant les choses à l'extrême, on pourrait même concevoir un tribunal entièrement composé d'officiers des services, qui risqueraient peut-être, malgré leur souci d'équité, de ne pas avoir toute l'indépendance désirable pour juger l'un des leurs ».

Nous ne relèverons pas l'argument tiré de l'indépendance des officiers des services, qui ferait défaut quand ils sont dans un tribunal ne comprenant pas 4 militaires 100 %, et qui serait assurée quand au contraire ces 4 militaires 100 % entrent dans la composition du tribunal. Il nous suffit de montrer que la loi permet sans sollicitation de texte l'interprétation que nous lui donnons.

Le cas envisagé nous est présenté comme un cas compliqué ; il semble donc que l'on puisse le considérer comme devant entraîner de longs débats. Mais précisément le dernier alinéa de l'article 10 donne alors la solution à toutes les difficultés : des *juges supplémentaires* peuvent être désignés

pouvant assister aux débats mais ne pouvant être appelés à prendre part aux délibérations que dans le cas où ils remplaceraient un juge.

Or, comme le nombre de juges suppléants n'est pas limité, il sera toujours ainsi possible de désigner autant de fois deux membres du corps ou service qu'il sera nécessaire. Les juges suppléants, assistant aux débats avec mêmes attributions, pourront librement poser les questions suggestives qui justifient la disposition de l'article 10 alinéa 7. Et comme d'autre part deux juges appartenant aux services interviendront aux délibérations, « *l'indépendance désirable pour juger l'un des leurs* » sera assurée.

Cette solution, en tout point répondant au texte et à l'esprit de la loi, nous semble plus acceptable que celle adoptée par la Commission consultative, qui ne peut s'expliquer qu'en donnant à l'article 10, alinéa 8, une interprétation qu'il ne peut avoir.

Elle vaut pour la composition du tribunal appelé à juger des officiers appartenant à des corps ou services quelconques et donc en particulier des officiers appartenant au corps autonome de la justice militaire ;

3° Quand il s'agit d'officiers appartenant au corps autonome de la justice militaire la loi exige en outre *qu'un décret fixe la composition du tribunal militaire devant lequel ils pourront être traduits* et le décret dispose que, *dans tous les cas*, les deux juges militaires du grade le moins élevé sont remplacés par deux membres des corps autonomes de la justice militaire.

On peut se demander quelle a été l'intention du législateur en disposant ainsi spécialement pour les membres du corps autonome de la justice militaire et en outre de ses décisions relatives aux autres corps assimilés. Aucune disposition analogue ne pouvait exister antérieurement. Les officiers des parquets militaires ne formant pas alors un corps autonome ; détachés de leur corps ou service, ils suivaient le droit commun (1).

1. La législation résultant des décrets de la Convention du 12 mai 1793 et 3 pluviôse an II, créait des tribunaux criminels dont les présidents, vice

Cette disposition spéciale aux officiers du corps autonome apparaît pour la première fois dans le texte du projet du Gouvernement. Elle est reproduite dans le rapport de la Commission du Sénat sans commentaires et elle a été adoptée au Sénat et à la Chambre sans débats.

Toutefois cette disposition de la loi de 1928, nous sommes tenté de l'assimiler au *privilege de juridiction* que le Code d'Instruction criminelle dans ses articles 479 et suivants, avait accordé aux magistrats. Sans doute, le droit commun avait créé un privilège de juridiction et privilège qui se justifiait par le besoin de soustraire le magistrat aux juridictions où il aurait à rendre compte de ses actes à des camarades de profession exerçant parfois même dans le même tribunal que lui-même. Pareil privilège ne saurait être envisagé devant la cour d'assises où il est décidé sur le fait par le jury.

La question se présente différemment lorsqu'il s'agit d'un magistrat militaire. Aucun privilège de juridiction n'est possible : la juridiction militaire ne comporte pas de hiérarchie. On pouvait lui donner un *tribunal militaire à composition spéciale* : c'est ce qui a été fait. On peut aussi expliquer que le législateur ait réglé la question de la composition du tribunal militaire pour juger un membre du corps autonome, dans l'article 15, désirant la régler autrement qu'il ne l'avait précédemment réglée pour les autres corps autonomes sans quoi la dualité des dispositions en la matière ne s'expliquerait pas. On peut expliquer cette particularité par le défaut de rédaction ce qui revient à constater l'absence d'explication ; ce à quoi l'on ne saurait se résoudre : fût-ce étranger à la pensée du législateur, il faut donner à un texte une signification. Nous admettrons donc qu'il a voulu disposer spécialement.

présidents, accusateurs militaires et substituts constituaient un corps étranger à l'armée, donc que l'on pourrait assimiler à un corps autonome pour la question qui nous occupe. Le décret du 3 pluviôse, an II, les rendait justiciables des tribunaux ordinaires et du tribunal révolutionnaire seulement, et donc créait ainsi un privilège de juridiction. Mais nous ne saurions tirer argument d'un précédent semblable ; les mesures législatives de cette époque ont un tel caractère exceptionnel que les conclusions à en tirer sont de médiocre valeur.

Or, les règles posées comportent une seule disposition spéciale : elle consiste dans la généralité de l'application du décret du 28 décembre 1928. *Dans tous les cas*, les deux juges militaires du grade le moins élevé sont remplacés par deux membres du corps autonome. Or ce texte est inconciliable avec la solution adoptée par la Commission consultative. C'est manifeste : sans doute, on pourrait peut-être invoquer à l'appui de la thèse de la commission consultative que « *dans tous les cas* » ne se rapporte pas à la présence de juges appartenant au corps autonome, mais au mode de désignation (1), mais cette interprétation est impossible. « *Dans tous les cas* », devrait alors être placé dans le texte entre « *pris* » et « *en dehors* ». D'autre part, « *néanmoins* » qui précède « *dans tous les cas* » empêche de donner une autre interprétation à la disposition qui le suit.

Nous en concluons donc que toujours deux membres du corps autonome de la Justice Militaire devront entrer dans la composition du Tribunal, lorsque parmi les inculpés se trouvera un officier de Justice Militaire.

L'on pourra objecter à notre argumentation que si notre conclusion en ce qui concerne la composition du Tribunal Militaire lorsqu'il s'agit de juger un officier appartenant à un corps ou service assimilé, est admissible, notre conclusion en ce qui concerne le Tribunal Militaire chargé de juger un membre de la Justice Militaire devient inutile et

1. Voici le texte de l'article 1 du décret du 28 déc. 1928.

« Lorsqu'un officier de Justice militaire est l'objet d'un ordre d'informer, le ministre de la Guerre désigne les officiers de Justice Militaire qui seront chargés des fonctions de Commissaire du Gouvernement et de Juge d'Instruction militaire.

Le Tribunal Militaire appelé à juger un officier de Justice Militaire est composé suivant les règles fixées par le Code de Justice Militaire pour le jugement des officiers, la correspondance du rang des officiers de Justice Militaire étant celle qui est déterminée par ledit code. Néanmoins et, dans tous les cas, les deux Juges Militaires du grade le moins élevé sont remplacés par deux membres du corps autonome de Justice Militaire, pris en dehors tant du Tribunal Militaire auquel appartient l'inculpé que du Tribunal militaire saisi.

La désignation de ces deux membres est faite par le ministre de la Guerre selon les formes et dans les conditions prévues à l'art. 11 du Code de Justice Militaire, etc. etc.

donc qu'il faut se résoudre à refuser une signification à l'un ou l'autre des textes réglant ces deux matières. Nous ne le pensons pas.

En effet le texte relatif au tribunal chargé de juger un membre de la justice militaire dit que « les deux juges militaires du grade le moins élevé sont remplacés par deux membres du corps autonome ». Par contre, le texte de l'article 10, alinéa 7, dit que « deux membres de ce corps ou service remplacent les juges militaires du grade le moins élevé ». Les deux juges du grade le moins élevé sont directement visés dans le premier cas : ce sont ceux qui entrent dans la composition normale du tribunal. Dans le deuxième cas, au contraire, les juges militaires du grade le moins élevé peuvent être des juges supplémentaires.

En résumé, la solution que nous proposons, comme conciliant tous les textes et n'aboutissant à aucune impossibilité, sous la réserve qui va être exposée, est la suivante :

1° Le tribunal appelé à délibérer est toujours composé de quatre militaires 100 % et de deux assimilés des services ;

2° Les assimilés inculpés trouvent toujours dans le tribunal deux représentants de leur service ayant le grade des juges les moins élevés en grade, lequel grade est déterminé par le grade de l'inculpé le plus élevé en grade ; s'ils ne les trouvent pas dans la composition normale du tribunal, ils devront les trouver parmi les juges suppléants.

3° Quand il s'agit de juger un membre du corps autonome de la justice militaire, deux des membres du corps autonome doivent se trouver dans la composition du tribunal comme juges titulaires. Nous ajouterons même que si l'on veut parer aux aléas auxquels pourvoit normalement le dernier alinéa de l'article 10, on devra même en prévoir parmi les juges suppléants.

Ces solutions, malheureusement, aboutissent à une impossibilité qui est la suivante : elle résulte de ce que les hiérarchies des *services ne possèdent pas tous les grades*. Dans le cas en effet où l'un des inculpés est d'un grade qui n'a pas son correspondant dans la hiérarchie des services on est

dans l'impossibilité de faire entrer dans la composition du tribunal les deux juges auxquels il aurait droit. Mais le défaut des solutions présentées pour le cas complexe examiné n'est pas spécial au cas pour lequel elles sont faites. On se trouve devant la même impossibilité dans le cas beaucoup plus simple de deux inculpés. Il n'y a aucune solution possible avec le texte de la loi actuelle. Mais nous pouvons remarquer en terminant que cette dernière impossibilité serait levée si l'on étendait à la composition des tribunaux permanents la règle exceptionnelle prévue par les tribunaux militaires aux armées par l'article 157, alinéa 7, dont voici le texte : « s'il ne se trouve pas... un nombre suffisant d'officiers du grade requis pour leur composition, il est suppléé en descendant dans la hiérarchie, même jusqu'au grade inférieur à celui de l'inculpé, si cela est nécessaire, mais sans qu'il y ait plus de deux juges choisis dans cette catégorie ».

Telle est la controverse que soulève cette question : elle n'est pas près de s'éteindre. La Commission consultative a nettement pris position pour une opinion manquant de nuances : l'on peut donc espérer, qu'à la faveur de l'autorité de cette opinion, des décisions s'y conformant seront prises à une échéance aussi rapprochée que possible mais qui peut être néanmoins très lointaine. Alors la Cour de cassation sera par sa décision appelée à trancher le débat.

* * *

Quoi qu'il en soit, il résulte de cet ensemble de mesures que le Juge d'Instruction militaire, n'est pas un personnage systématiquement privé des prérogatives personnelles dont jouissent les magistrats du droit commun. Il connaît, adaptées à sa situation spéciale de magistrat d'une juridiction d'exception, des particularités de procédure et de juridiction, présentant des analogies frappantes avec celles accordées par le Code d'Instruction Criminelle au magistrat du droit commun.

CHAPITRE III

La saisine du Juge d'Instruction.

§ I

PAR QUI ET COMMENT LE JUGE D'INSTRUCTION EST VALABLEMENT SAISI.

A la tête du parquet de toute Cour d'appel se trouve un Procureur Général qui « exercera l'action de la justice criminelle dans toute l'étendue de son ressort » (loi du 20 avril 1810, art. 45).

Il en résulte :

1^o Que toutes les fonctions du ministère public sont confiées spécialement et personnellement *aux Procureurs Généraux* ; les avocats généraux et les substituts n'y participent que sous la direction des Procureurs Généraux ; que c'est au nom des Procureurs Généraux que les avocats généraux portent la parole aux audiences civiles ou criminelles de la Chambre à laquelle leur chef les a attachés ; que les substituts procèdent, sous l'autorité immédiate du Procureur Général, à la mise en état des affaires criminelles.

L'organisation des parquets des Cours d'appel concentre entre les mains du Procureur Général seul toutes les attributions du ministère public ; les autres magistrats n'ont aucun pouvoir propre, n'agissent *qu'en son nom* et *qu'en exécution de ses ordres*. C'est l'application la plus absolue de l'*indivisibilité du ministère public* qui se manifeste extérieurement par ce fait que dans les audiences où plusieurs

membres du parquet sont présents, tous se lèvent tandis que l'un d'eux est debout pour parler, attestant ainsi qu'ils s'associent aux paroles que leur chef ou collègue prononce. En découle encore cet autre principe que la plume est servie et que la parole est libre. Les conclusions déposées le sont toujours au nom du Procureur Général.

2^o Le Procureur Général est le chef de tous les parquets de son ressort et les Procureurs de la République, quoiqu'ayant des pouvoirs propres, sont ses véritables substituts. Mais le Procureur Général n'est pas officier de police judiciaire et ne saurait, en cas de refus de ses subordonnés, accomplir lui-même les actes de procédure qu'il leur a prescrits. Le Procureur Général surveille, ordonne, mais ne peut agir.

Le Procureur Général est donc *maître de l'action publique* (1); il est indépendant dans l'exercice et la conduite de cette action.

Le ministère public qui reçoit une plainte ou une dénonciation est libre de poursuivre ou de ne pas poursuivre (2).

Le ministère public après avoir poursuivi peut prendre telles conclusions qu'il lui plaît. Il peut même abandonner l'accusation.

En adoptant ce principe le Code de 1808 a conservé le système de l'*opportunité*, par opposition au système de la *légalité* qui obligerait automatiquement le ministère public, informé d'une infraction, à exercer l'action publique.

1. C'est le cas le plus fréquent. Cependant les administrations des Domaines, des Contributions indirectes et des Eaux et Forêts peuvent poursuivre, par citation directe, devant les tribunaux correctionnels ou de simple police, lorsque sont lésés les intérêts qu'elles ont mission de défendre. Il en est de même pour les municipalités en matière de contraventions d'octroi.

2. L'article 47 du Code semble imposer une solution différente. « Le Procureur de la République instruit... qu'il a été commis dans son arrondissement un crime ou un délit, *sera tenu* de requérir le Juge d'Instruction d'ordonner qu'il en soit informé ». On admet aujourd'hui unanimement que ce texte signifie que le Procureur de la République, s'il est d'avis qu'il faut informer, ne peut informer lui-même, mais est tenu de faire informer par le Juge d'Instruction..

Cette indépendance du ministère public qui lui donne la possibilité de poursuivre toujours suivant sa conscience, souffre des *exceptions* de deux ordres : parfois il est obligé de poursuivre, d'autres fois pour poursuivre il faut une plainte ou dénonciation ou une autorisation.

Le ministère public est *obligé de poursuivre* (1) :

1° Sur les ordres du Ministère de la Justice, chef supérieur de tous les Procureurs Généraux ;

2° Sous l'impulsion de la partie lésée. Il faut pour cela que la victime d'une infraction annonce son intention de participer au procès pénal par une demande de dommages-intérêts : il y a alors constitution de partie civile. D'ailleurs, dans ce cas, la plainte de la partie civile saisit le Juge d'Instruction quelles que soient les conclusions du ministère public, alors même qu'il ne serait pas d'avis d'informer et sans qu'il soit besoin d'un réquisitoire introductif d'instance.

Enfin le ministère public n'est pas toujours libre d'exercer l'action publique, quelque désir qu'il en ait.

1° Dans certains cas, le *ministère public ne peut agir* sans y avoir été provoqué par une *plainte* ou une *dénonciation* préalable. Les cas où cette nécessité s'impose au ministère public sont de deux sortes :

a) Parfois il s'agit d'une infraction qui peut constituer une *atteinte grave à un intérêt privé*, mais qui ne produit pas un trouble social proportionné à l'importance de ce préjudice privé (2). « Dans ce cas, les raisons qui dans l'évolution des institutions répressives ont donné le pas à

1. La loi du 24 février 1934 a abrogé l'article 11 de la loi du 20 avril 1810 qui obligeait le ministère public à la poursuite, sur les injonctions de la Cour d'appel, toutes Chambres assemblées, qui aurait entendu les dénonciations faites par un de ses membres de crimes et de délits.

2. Dans ce premier cas rentrent les infractions suivantes : la contrefaçon industrielle pour laquelle l'action correctionnelle ne peut être exercée sans plainte préalable (art. 45 de la loi du 5 juillet 1844) ; le délit de chasse sur le territoire d'autrui qui tient uniquement à ce qu'il y a violation du terrain d'autrui. Le consentement est, à bon droit, présumé tant qu'il n'y a pas plainte du propriétaire (loi du 3 mai 1844, art. 26).

l'accusation populaire ou à l'accusation publique, ne se rencontrent plus et l'on peut admettre la survivance du système de l'accusation privée » : d'où nécessité d'une plainte préalable pour la mise en mouvement de l'action publique ;

b) Dans d'autres circonstances le trouble social est sérieux, mais la « poursuite risquerait d'avoir pour la *victim*e de l'infraction des effets tellement fâcheux qu'en considération de son intérêt l'on a consenti à ce que cette poursuite n'ait pas lieu sans le consentement de la personne lésée » (1) : d'où nécessité d'une plainte préalable. D'ailleurs, dans l'un et l'autre cas, une fois la plainte déposée, le ministère public retrouve entièrement son indépendance, il peut poursuivre ou ne pas poursuivre.

2^o Dans d'autres cas, le ministère public ne peut engager de poursuite sans une *autorisation* préalable. Cette garantie a paru opportune en matière politique (2) et en matière administrative (3) ;

3^o Enfin il est des circonstances où le procès pénal ne

1. Rentrent dans ce cas : l'adultère (art. 336 et 339 du Code pénal), le rapt de séduction (art. 337 du Code pénal), diffamation et injures envers les particuliers (loi du 29 juillet 1881, art. 29), etc., etc.

Les délits de fournisseurs des armées ne peuvent être poursuivis que sur la dénonciation du Gouvernement (art. 43 du Code pénal), c'est au Gouvernement qu'il appartient d'apprécier l'opportunité d'une poursuite qui, intempestive, pourrait entraver les services de l'armée.

2. Le droit de poursuite est enlevé au ministère public (art. 12 de la loi du 16 juillet 1875) dans les cas où la responsabilité pénale du Président de la République peut être engagée ; la mise en accusation appartient à la Chambre des députés. Les ministres peuvent également être mis en accusation par la Chambre des députés « pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions », mais on admet généralement le droit de poursuite parallèle du ministère public. Enfin aux termes de l'article 14 de la loi du 16 juillet 1895, pendant la durée de la session, les membres de l'une ou l'autre Chambre, ne peuvent être poursuivis ou arrêtés sans autorisation de leur assemblée respective, sauf le cas de flagrant délit.

3. Sous l'empire de la Constitution de l'an VIII, en vertu de l'article 75 les agents du Gouvernement non ministres, ne pouvaient être poursuivis pour faits relatifs à leur fonction qu'en vertu d'une autorisation du Conseil d'Etat. Le décret du 19 septembre 1870 a supprimé la nécessité de cette autorisation ; l'autorité administrative peut *à posteriori* élever le conflit, et ainsi sauvegarder le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire.

peut être engagé sans qu'il soit intervenu auparavant, une discussion sur une question litigieuse du ressort de la juridiction civile et qui seule peut donner un fondement à la poursuite. La seule *question préjudicielle* empêchant de *commencer* une action criminelle est celle prévue par l'article 327 du Code civil (1). « L'action criminelle contre le délit de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état ».

Sauf ces restrictions, le ministère public exerce pleinement le droit de poursuite, et quand il juge nécessaire de procéder à une information, il doit saisir le Juge d'Instruction : il le fait par un réquisitoire introductif d'instance.

Devant les *tribunaux militaires* les fonctions du ministère public, l'exercice de la police judiciaire, et le droit de décider la poursuite sont partagés entre le général commandant la région, et le Commissaire du Gouvernement. C'est donc à ces autorités qu'il appartient de saisir le Juge d'Instruction.

Nous ne nous occuperons pas de l'exercice de la police judiciaire, le Juge d'Instruction militaire n'étant, au titre de la police judiciaire, un auxiliaire du général commandant la région qu'en cas de flagrant délit.

Nous nous proposons simplement d'examiner comment ces deux autorités (Général commandant la région et Commissaire du Gouvernement) exercent le droit de poursuite et saisissent le Juge d'Instruction (2). Notre étude portera sur les points suivants :

1^o Comment se répartit, entre le général commandant la

1. Certains auteurs admettent que la poursuite pénale de rapt contre un ravisseur qui a épousé la fille enlevée ne peut être exercée tant que la nullité du mariage n'a pas été prononcée. De même, pour quelques auteurs, la poursuite pénale pour banqueroute est subordonnée à la déclaration préalable de faillite, solution que n'admet pas la jurisprudence.

2. Nous observerons que le Juge d'Instruction militaire ne pourrait être saisi directement, c'est-à-dire sans l'intervention du général commandant de la région et du Commissaire du Gouvernement, comme l'est le Juge d'Instruction ordinaire, dans les cas de constitution de partie civile. L'action civile n'est jamais de la compétence du tribunal militaire, sauf le cas de l'article 116 du Code de Justice Militaire qui n'intéresse pas la saisine du Juge d'Instruction.

région et le Commissaire du Gouvernement le droit de poursuite;

4^o Leur droit de poursuite est-il aussi complet que celui du ministère public ?

§ II

ETENDUE DU DROIT DE SAISIR DU GÉNÉRAL COMMANDANT.

1^o Le *général commandant la région* est seul maître de l'opportunité de la poursuite, lui seul peut délivrer l'ordre d'informer, et il est seul maître de la décision de poursuivre ou de ne pas poursuivre.

Pour les tribunaux militaires, comme pour la justice répressive du droit commun, c'est le principe de l'opportunité qui est admis et non celui de la légalité.

Ce droit de poursuite appartient au général commandant la région dont le pouvoir est semblable à celui que détient le Procureur Général.

Comme le Procureur Général, le général commandant est maître de la poursuite ; à certains points de vue il en dispose même plus directement en apparence. En effet, tandis que le Procureur Général surveille, ordonne mais ne peut agir, le général commandant délivre lui-même l'ordre d'informer. Mais cet ordre d'informer, il ne peut le transmettre au Juge d'Instruction que par l'intermédiaire du Commissaire du Gouvernement qui doit, il est vrai, le transmettre immédiatement, ainsi que toutes les pièces, au Juge d'Instruction avec ses réquisitions. Et de même que, si le Procureur Général était en conflit avec un Procureur de la République par exemple au sujet d'une poursuite que ce dernier se refuserait à intenter, l'action publique serait arrêtée jusqu'au jour où celui-ci aurait été remplacé, il en serait de même si un Commissaire du Gouvernement refusait de transmettre un ordre d'informer avec ses réquisitions.

La question de l'indivisibilité du ministère public ne se pose donc pas. Cette supériorité n'est qu'apparente. En

effet, étant donnée la possibilité qu'a le Commissaire du Gouvernement de transmettre l'ordre d'informer avec ses réquisitions, les occasions d'abstention s'évanouissent complètement. Et, en outre, ce qui contribue encore à accroître l'autorité du Commissaire du Gouvernement et par conséquent à amoindrir celle du général commandant, le Commissaire est libre dans ses réquisitions tandis que les avocats généraux par exemple dans les causes importantes doivent communiquer au Procureur Général les conclusions qu'ils se proposent de donner ; ils doivent également faire cette même communication, dans toutes les affaires dont leur chef voudra prendre connaissance.

Au surplus il n'existe pas en faveur du général commandant la possibilité, une fois l'ordre d'informer donné, d'ordonner quoi que ce soit. Il est dessaisi complètement : il pourra faire opposition à certains actes de l'instruction, mais ne pourra pas, comme le Procureur Général par des ordres qu'il donne à ses subordonnés du parquet, intervenir dans la conduite de l'action.

2^o *L'étendue du droit de poursuite* qui repose entre les mains du général commandant et du Commissaire du Gouvernement est-il le même que celui du ministère public ? Comme pour le ministère public existe-t-il des cas où l'action publique ne peut être exercée sans plainte, autorisation ou décision préalables ? Enfin existe-t-il des cas, où l'action publique peut être imposée ?

Existe-t-il des cas où le parquet militaire ne peut décider la poursuite hors l'existence d'une plainte probable ? Pour répondre, une distinction est nécessaire : on conçoit difficilement, étant donné le Code Pénal militaire, des cas où une formalité, plainte ou dénonciation, soit nécessaire pour l'exercice de l'action publique. La *faible importance* de l'intérêt social qui explique la nécessité d'une plainte pour la contrefaçon industrielle, et le délit de chasse sur le terrain d'autrui, ne saurait se concevoir en matière de fautes rentrant dans la compétence du tribunal militaire ; rien de surprenant donc qu'aucune dérogation légale ne soit venue subordonner le droit de poursuite à l'existence d'une

plainte. Ces explications valent *mutatis mutandis*, pour les cas où l'action publique n'est pas libre par crainte d'un grave préjudice moral possible pour la victime. Et l'on pourrait en outre ajouter que le tribunal militaire n'étant pas juge de l'action civile, la constitution de partie civile est impossible devant lui. Il rentre dans l'esprit de sa compétence que son action ne peut être paralysée par la considération des intérêts civils qui peuvent être mis en jeu.

Quant à la nécessité d'une autorisation préalable, elle constitue une garantie au profit de la personne poursuivie ; or, les personnes bénéficiant d'une telle garantie, ne peuvent jamais être justiciables des tribunaux militaires. Cependant la question pourrait se poser en ce qui concerne la *garantie* dont bénéficient *les membres des Chambres*. Ceux-ci en temps de guerre peuvent servir dans les unités combattantes. Le projet de loi sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre, prévoit spécialement cette possibilité et la réglemente. « Ils seront mis obligatoirement en congé. Les membres du Parlement qui useront de la faculté prévue au présent paragraphe (faculté de servir aux armées) pourront faire exercer leur droit de vote par un collègue désigné par eux (1).

Comment résoudre cette question ? L'ordre d'informer délivré par le général commandant, la saisine du Juge d'Instruction, seront-ils valables lorsqu'il s'agira d'un membre du Parlement aux armées, poursuivi, hors le cas de flagrant délit, sans l'autorisation préalable de la Chambre dont il fait partie ? L'article 14 de la loi du 16 juillet 1875 s'y oppose : dans cette position, le membre du Parlement siège, puisqu'il exerce son droit de vote par mandataire. Par contre, la garantie dont il bénéficie a pour but d'empêcher, qu'un gouvernement ne déplace la majorité : or, aux armées, même poursuivi devant le tribunal militaire, le parlementaire continue à exercer son droit de vote, donc la raison de l'immunité disparaît.

1. Voir en outre ci-dessous le cas où l'ordre d'informer doit émaner du ministre de la Guerre.

L'immunité parlementaire subsiste-t-elle ? La question reste posée.

Si nous étions appelé à la résoudre, nous opinerions pour la solution de la *liberté* de la poursuite. L'option qu'a exercée le membre du Parlement, en demandant à servir aux armées, vaut renonciation à l'immunité qui le couvre comme membre du Parlement. D'autre part, la nécessité de la répression s'impose d'autant plus qu'il s'agit d'un personnage en vue. Il semble que le Gouvernement devrait par le décret non encore paru sur les tribunaux militaires aux armées, apporter la solution à cette question.

Existe-t-il des cas où l'action publique peut être imposée ? Cette question n'intéresse pas la validité de la saisine du Juge d'Instruction. Il nous paraît néanmoins utile d'y répondre pour compléter notre comparaison des pouvoirs du ministère public, et de ceux appartenant au général commandant la région et au Commissaire du Gouvernement.

La poursuite devant les tribunaux militaires peut être *imposée* au général commandant par le Ministre de la Guerre, de même qu'elle pouvait être imposée au *Procureur Général* par le Ministre de la Justice. Mais les pouvoirs du Ministre de la Guerre sont bien plus étendus que ceux du Ministre de la Justice. Le *Ministre de la Guerre* peut en toutes circonstances donner l'ordre d'informer. Cet ordre est même nécessaire et le général ne peut engager la poursuite, dans deux circonstances : 1^o lorsqu'il s'agit d'un inculpé faisant partie du personnel relevant directement du ministre ; 2^o s'il a le grade d'officier général. Cette différence résulte de ce que les pouvoirs du général ne sont pas comme ceux du Procureur Général territoriaux ; sa compétence s'étend aux seules troupes sous son commandement.

Le général commandant la région est encore dans l'obligation de donner l'ordre d'informer dans des circonstances qui n'ont pas leur correspondant lorsqu'il s'agit d'un Procureur Général, « quand une infraction de la compétence des juridictions militaires a été dénoncée par un Juge d'Ins-

truction civil ou par un Procureur de la République, par un Procureur Général ou par une Cour d'appel dans les conditions prévues par l'article 235 du Code d'Instruction Criminelle, le général commandant la circonscription territoriale ou le ministre ne peut se refuser à donner l'ordre d'informer » (art. 24).

Et cette dernière restriction à la faculté de ne pas poursuivre du général commandant, nous amène à examiner l'obligation où se trouve le parquet de poursuivre lorsqu'il y a constitution de *partie civile*. Pareille obligation ne saurait être imposée au général commandant. En effet : « La justice militaire ne statue que sur l'action publique (1), aucune *personne ne peut se porter partie civile* devant les tribunaux militaires... L'action civile ne peut être poursuivie que devant les tribunaux civils ; l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile » (art 8). Il semble donc que le général, juge de l'opportunité de la poursuite, ne puisse être mis dans l'obligation de poursuivre par la constitution de *partie civile*.

Cependant la *partie civile* peut arriver à obtenir la poursuite contre la volonté du général commandant la circonscription territoriale. Si l'on suppose en effet un procès civil, parvenu devant la Cour d'appel, celle-ci pourra toujours, en vertu de l'article 235 du Code d'Instruction Criminelle, tant qu'elle n'aura pas décidé, dénoncer l'infraction au général commandant la circonscription, celui-ci sera alors dans l'obligation de délivrer l'ordre d'informer (article 24).

Le général commandant qui a décidé de poursuivre, que ce soit de son plein gré ou qu'il y ait été obligé, délivrera donc un ordre d'informer que le Commissaire du Gouvernement transmettra avec ses réquisitions au Juge d'Instruction qui se trouve ainsi saisi.

Il en résulte que l'ordre d'informer qui opère la saisine du Juge d'Instruction présente les caractères suivants :

1. Sauf l'exception de l'article 116 du Code de Justice Militaire.

1^o Les personnes contre qui il est décerné sont nommément visées, sauf l'exception exposée ci-dessous relative aux ordres d'informer délivrés contre X ;

2^o Les faits sur lesquels la lumière doit être faite, sont précisés par la qualification qu'en donne le Code de Justice Militaire ou le Code pénal s'il s'agit d'une infraction du droit commun dans les conditions prévues au paragraphe 4 de l'article 2 du Code de Justice Militaire ou si l'on est aux armées ;

3^o Il doit être accompagné des réquisitions du Commissaire du Gouvernement, etc., etc...

§ III

ÉTENDUE DE LA SAISINE DU JUGE D'INSTRUCTION.

Le Juge d'Instruction civil est saisi par le réquisitoire introductif d'instance : c'est par cet acte émanant du ministère public, qu'il acquiert ses prérogatives de Juge d'Instruction. Le Juge d'Instruction militaire est saisi par l'ordre d'informer du général commandant que lui a transmis le Commissaire du Gouvernement. En dehors de cette différence de dénomination de ces deux actes, il existe une différence importante dans l'étendue de la saisine du juge.

Suivant l'expression consacrée, dont se sert d'ailleurs l'instruction du 16 octobre 1928 pour marquer l'étendue de la saisine du juge, le Juge d'Instruction ordinaire est saisi *in rem* : il est libre d'indiquer tous ceux que son enquête lui révélera avoir participé comme auteurs ou comme complices à la perpétration du fait délictueux. En d'autres termes le Procureur de la République enjoint au Juge d'Instruction d'ouvrir une information sur tels agissements délictueux parvenus à sa connaissance, et par cet ordre le Juge d'Instruction acquiert le droit de faire la vérité complète et d'*incriminer* quiconque il estime coupable.

Il n'en est pas de même de la saisine du Juge d'Instruction militaire. Le général commandant est maître de la

poursuite. Lui seul commandant responsable de la fraction de l'armée soumise à son autorité a le monopole de la poursuite devant les tribunaux militaires, aussi son ordre d'informer est-il interprété beaucoup plus étroitement : le Juge d'Instruction ne pourra pas outrepasser le désir de poursuivre qu'a exprimé le général commandant. Cette restriction était rendue nécessaire par le dessaisissement qu'opère vis-à-vis du général l'ordre d'informer.

La saisine du Juge d'Instruction militaire est donc de moindre étendue que celle du Juge d'Instruction civil ; il ne peut instruire qu'à l'égard des personnes nommément désignées dans l'ordre d'informer : c'est ce qu'on exprime en disant que le Juge d'Instruction militaire est saisi *in personam*. De plus il ne peut étendre son information à des faits autres que ceux indiqués dans l'ordre d'informer.

Si donc le Juge d'Instruction au cours de son information acquiert la conviction que des personnes non mentionnées à l'ordre d'informer ont participé à l'infraction, il doit préalablement à l'ouverture de toute information contre elles provoquer la délivrance d'un nouvel ordre d'informer du général les visant expressément. De même il sera dans l'obligation d'obtenir un nouvel ordre d'informer, si au cours de son information il lui apparaît que l'inculpé a commis une ou plusieurs autres infractions non indiquées dans l'ordre d'informer, ou si ces faits délictueux sont autres que ceux visés par le général.

* * *

Voilà les principes. Il ne faudrait pas en déduire la sujétion du Juge d'Instruction envers l'ordre d'informer.

Tout d'abord le Juge d'Instruction, au cours de son information, peut recevoir l'*aveu* de faits autres que ceux pour lesquels il a un ordre d'informer ; il peut même le *provoquer* et son droit de refuser la parole au défenseur au cours de l'instruction, le servira opportunément. Il peut également recevoir l'*aveu* de personnes qu'il interroge comme témoins : il devra, il est vrai, avant de clore l'in-

formation, obtenir l'ordre d'informer, mais ses pouvoirs lui permettent en fait d'informer préalablement à la décision du général.

On doit encore signaler une *extension jurisprudentielle* de la saisine du Juge d'Instruction. La Cour de cassation (1) a admis que le Juge d'Instruction militaire a le droit, au cours de son information, de relever les circonstances aggravantes, alors qu'elles ne seraient pas mentionnées dans l'ordre d'informer. Or cette possibilité peut avoir une extrême importance : les circonstances aggravantes suffisent parfois à changer la qualification du fait délictueux et par là même à étendre la saisine du juge à un fait juridiquement différent de celui visé par l'ordre d'informer (2).

On peut même ajouter que dans la pratique, la façon de rédiger les ordres d'informer par les généraux, a contribué à l'extension de la saisine des Juges d'Instruction.

En voici un exemple. Si l'on suppose un ordre d'informer décerné pour *désertion* sans autre indication, l'information peut aboutir à établir une désertion à l'intérieur ou une désertion à l'étranger. Cette dernière infraction n'est pas la précédente avec une circonstance aggravante, mais une infraction spéciale, supposant des éléments différents. Si dans son ordre d'informer, le général n'a visé que l'article 194 du Code de Justice Militaire (désertion à l'intérieur), pour pouvoir continuer son information du chef de « désertion à l'étranger » le Juge d'Instruction devra demander un ordre d'informer supplémentaire du général. Mais si dans son ordre d'informer primitif le général a visé les divers articles du Code concernant la désertion, en se référant, par exemple, aux articles 194 et suivants, c'est qu'il a envisagé la répression de la désertion commise quelle qu'elle fût, et dans ces conditions un ordre d'informer supplémentaire est inutile.

Parfois encore l'ordre d'informer vise deux articles du

1. Cass. 11 juillet 1929. V. *Bulletin crim.*, 1929, n° 197, p. 405.

2. Cass. 7 août 1928, *B. crim.*, 1928, n° 229, p. 482.

Code et ne relève que l'un des faits délictueux prévus. Un ordre d'informer par exemple a été décerné pour *voies de fait envers un supérieur*, dans lequel ont été visés les articles 208 (voies de fait) et 209 (outrages envers des supérieurs). Le Juge d'Instruction peut faire porter son information sur le fait d'outrages non visé expressément par l'ordre d'informer.

L'extension de la saisine est due encore à une autre pratique. Le général dans l'ordre d'informer, auquel sont jointes les diverses pièces établies par la police judiciaire, s'y réfère par cette formule de style : « Attendu qu'il résulte des pièces jointes... ». On en a déduit une extension de la saisine du Juge d'Instruction que la Cour de cassation a sanctionnée (1).

Par sa formule, en effet, le général se réfère indirectement aux faits visés dans les pièces de procédure, en saisit le Juge d'Instruction ; il se peut que le général ait mal analysé les faits délictueux mais son désir est de poursuivre les faits auxquels il se réfère. Dès lors, le Juge d'Instruction est saisi. Cette mention des pièces jointes, dit la Cour de cassation, équivaut à une analyse de ces pièces et saisit de leur contenu le Juge d'Instruction.

Il semble que la jurisprudence et la pratique marquent une tendance vers l'*extension de la saisine du Juge d'Instruction militaire*. Elles permettent toute interprétation large de l'ordre d'informer. Tendance qui s'explique.

L'intervention du général est justifiée par le besoin de laisser au chef responsable des troupes dépendant de son commandement, l'appréciation de l'opportunité de la répression de manquements contre le devoir militaire. Cette opportunité une fois déclarée, il était logique que le Juge d'Instruction devienne libre comme un juge de droit commun. La jurisprudence atténue une différence qui ne se justifie pas dans toute sa rigueur.

1. Cassation, 26 mai 1910. *Bull. Crim.*, 1910, n° 267, p. 487.

* * *

L'ordre d'informer du général commandant saisit le Juge d'Instruction *in personam* seulement. Dès lors, une question se pose : le général commandant peut-il délivrer un *ordre d'informer contre X* quand l'auteur du fait délictueux est inconnu ?

Cette pratique est fréquemment employée par le Procureur de la République. Rien ne s'oppose à ce qu'il prescrive une information contre X. Le Juge d'Instruction *saisi in rem* recherchera les auteurs de l'infraction signalée ; mais le Juge d'Instruction militaire dont la saisine doit être *in personam* ne pourra informer contre personne.

Voilà la mise en application des principes en la matière.

Voyons quelles solutions différentes pouvaient être envisagées.

La première qui vient à l'esprit est de refuser au général commandant le droit de délivrer un ordre d'informer contre X. En effet, la compétence des tribunaux militaires est déterminée non seulement par la nature de l'infraction, mais encore faut-il que l'auteur de l'infraction soit justiciable du tribunal militaire. Or, on ignore s'il en est ainsi tant que l'auteur est inconnu. Le tribunal militaire est une juridiction d'exception : le Juge d'Instruction ne doit pas être saisi lorsqu'on ignore si ce tribunal sera compétent. Il appartient alors au Procureur de la République, qui a la compétence générale, de saisir le Juge d'Instruction de droit commun dont la saisine, pour cette raison, est plus simple et s'accommode parfaitement d'un ordre d'informer contre X.

Pour refuser d'admettre cette solution, on a dit : « Il suffit de se reporter à l'article 23 du Code de Justice Militaire. Cet article dispose que les généraux commandant des circonscriptions territoriales, sont chargés, non pas seulement de livrer aux tribunaux militaires les auteurs de crimes ou délits de la compétence de ces juridictions, mais *de rechercher toutes les infractions de la compétence des juri-*

dictions militaires. Un général ne fait donc que se conformer à cet article, quand il donne un ordre d'informer à l'effet de rechercher l'auteur de tel fait punissable. Une restriction est apportée à ce droit : « il faut que le crime ou délit soit de telle nature ou qu'il ait été commis dans des conditions telles qu'il puisse être de la compétence des tribunaux militaires ».

Cet argument ne nous semble pas déterminant ; il implique une confusion entre divers pouvoirs du général commandant. Celui-ci a des pouvoirs de police judiciaire, justement ceux précisés par l'article 23 sur lequel on argue. Et dans l'exercice de ses pouvoirs il est secondé par des autorités étroitement énumérées, dont ne sont pas, hors le cas de flagrant délit, les Juges d'Instruction militaires. C'est en vertu des pouvoirs de poursuite qu'il tient de l'article 40 qu'il saisit, par son ordre d'informer, le Juge d'Instruction ; or, ces pouvoirs de poursuite il ne les a pas contre X, il les a seulement contre les justiciables des tribunaux militaires. Tels sont les arguments présentés par le Juge d'Instruction militaire d'Alger (1) qui estimait que l'incompétence se présume quand il s'agit d'une juridiction d'exception, et se déclarait incompétent avant toute information. Le Commissaire du Gouvernement, ayant fait opposition à l'ordonnance d'incompétence rendue, la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel d'Alger, faisant siens les arguments du Juge d'Instruction, rejeta le pourvoi. L'affaire fut l'objet d'un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation cassa l'arrêt de la Cour d'appel d'Alger. La décision contraire prévaut donc devant cette juridiction ; mais les arguments invoqués dans les considérants de l'arrêt de la Chambre criminelle rendu le 15 mai 1930 sont intéressants.

Argument de droit : la Chambre criminelle tire de l'article 2, § 4 du Code de Justice Militaire et de l'article 23 du même Code, c'est-à-dire des pouvoirs de police judiciaire

1. Affaire Matard exposée dans les procès-verbaux des séances et travaux de la Commission consultative de la justice militaire, année 1929-1930, p. 85 et 174.

du général-commandant s'étendant aux infractions de toute nature commises dans les casernes, quartiers et établissements militaires, le droit de constater les dites infractions, d'en rassembler les preuves et d'en faire connaître les auteurs.

Argument de fait : le cavalier Matard est entré à l'hôpital et quelques heures après son hospitalisation il a été trouvé pendu à un arbre du jardin ; cet hôpital est un hôpital militaire dirigé par un médecin-chef officier, et administré par un officier gestionnaire.

Il semble que l'ordre d'informer délivré par le général-commandant qui a donné compétence au Juge d'Instruction militaire parce que s'il y a eu crime il a été commis vraisemblablement par un militaire puisque commis dans un établissement militaire, doive être considéré comme habilitant le Juge d'Instruction à l'exercice de la police judiciaire ; or cette habilitation est faite en violation de l'article 25 4^o du Code de Justice Militaire qui n'accorde au Juge d'Instruction l'exercice de la police judiciaire qu'en cas de flagrant délit. Il semble exagéré d'admettre que l'ordre d'informer contre X confère au Juge d'Instruction l'exercice de la police judiciaire, quand la loi le lui refuse expressément. La Cour de cassation n'a pas répondu à l'objection.

Aussi la solution de la Chambre criminelle nous semble s'imposer par l'argument de fait. Seulement pour être dans la lettre de la loi, le général aurait dû prescrire des recherches complémentaires à ses officiers de police judiciaire, le Juge d'Instruction excepté, ou transmettre le dossier au Procureur Général afin que la justice répressive ordinaire soit saisie. La Chambre criminelle n'a pas voulu restreindre les droits de police judiciaire du général dans les établissements militaires, ni même ses droits de poursuite car l'intervention du Procureur Général lui enlevait sa faculté de juger de l'opportunité de la poursuite qui aurait appartenu dès lors au parquet des tribunaux ordinaires.

La question reste donc entière. Il n'est pas prouvé qu'un ordre d'informer contre X donne au Juge d'Instruction la

saisine qui lui donne qualité pour faire des actes d'instruction : au contraire, puisque d'après l'avis de la Commission consultative de la justice militaire le Juge d'Instruction saisi contre X, doit obtenir un ordre d'information contre personne dénommée pour continuer l'information. Il n'est pas admissible que le Juge d'Instruction puisse devenir en violation de l'article 25, 4^e officier de police judiciaire hors le cas prévu au texte, c'est-à-dire hors le cas de flagrant délit.

* * *

Une autre question se pose comme conséquence du caractère particulier de la saisine du Juge d'Instruction militaire : celui-ci a-t-il le droit de rendre des *ordonnances de jonction* ?

Dans les affaires de droit commun la question de jonction par ordonnance du Juge d'Instruction se présente sous deux formes nettement distinctes (1). Un seul réquisitoire introductif d'instance a été délivré et au cours de l'information le Juge d'Instruction constate qu'il existe des procès-verbaux se rattachant à cette inculpation. Il peut joindre de sa propre initiative les procès-verbaux. Mais s'il est saisi de deux informations séparées il doit, avant de les joindre, communiquer les procédures au ministère public aux fins de réquisition de jonction. Il rendra ensuite une ordonnance non susceptible de recours (la jonction ne peut intervenir que lorsqu'il s'agit de faits délictueux ayant entre eux un caractère de connexité telle qu'elle résulte de la loi du 22 mai 1915 (art. 227 du Code d'Instruction Civile).

Dans le premier cas, le Juge d'Instruction saisi *in rem*, est saisi de toute l'affaire et peut donc y joindre les faits

1. La jonction peut être ordonnée par le tribunal correctionnel, le même droit appartient au Président de la Cour d'assises (art. 307 du C. d'I. C.). Le tribunal militaire peut-il, lui aussi, ordonner la jonction ? Oui, a déclaré le Comité consultatif de justice militaire (séance du 4 juillet 1930) et ce droit appartient au tribunal militaire et non à son Président. Solution qui n'intéresse pas directement les pouvoirs de jonction du Juge d'Instruction militaire.

connexes. Dans le deuxième cas le Juge d'Instruction saisi de deux affaires entre lesquelles existe un lien de connexité, communique les deux procédures au ministère public aux fins de réquisition de jonction. Dans les deux cas, la jonction est un acte de pure instruction : elle est justifiée par l'unité de conception, l'unité de cause, l'unité de but des faits joints. Elle tend à faire la vérité complète sur les faits délictueux.

Mais la connexité ne saurait, comme l'indivisibilité, imposer la jonction des procédures, elle est pouvoir discrétionnaire ; elle aboutit néanmoins comme l'indivisibilité à une prorogation de compétence. Aucun texte ne fournit des indications sur la juridiction, au bénéfice de laquelle doit se faire la jonction lorsque plusieurs juridictions sont intéressées. On se réfère aux principes et aux usages, juridiction saisie la première, juridiction saisie du fait le plus grave, juridiction du droit éommun en concours avec des juridictions d'exception, telles sont les considérations qui inspirent le choix du tribunal ou du Juge d'Instruction qui doit rester saisi.

Devant les juridictions militaires la jonction par ordonnance du Juge d'Instruction militaire se présente sous un aspect bien différent, tenant à l'étendue particulière de la saisine du Juge d'Instruction militaire.

Le Juge d'Instruction militaire est en effet saisi *in personam*, il ne peut poursuivre l'instruction que contre les individus visés par l'ordre d'informer et pour les seuls faits y mentionnés. Au cours de son information, s'il éprouve le besoin d'étendre sa compétence, il est dans l'obligation d'en référer par l'intermédiaire du Commissaire du Gouvernement, au général commandant la circonscription territoriale qui a donné l'ordre d'informer.

C'est la solution prévue par la loi du 9 mars 1928 dans son article 62 lorsqu'il s'agit de faits nouveaux. « S'il résulte de l'instruction que l'inculpé peut être poursuivi pour des faits autres que ceux visés dans l'ordre d'informer, le Juge d'Instruction militaire en *réfère* par l'intermédiaire du Commissaire du Gouvernement au général commandant la

circonscription territoriale qui a donné l'ordre d'informer.»

C'est également la solution prévue par la loi du 9 mars 1928 dans son article 61 s'il s'agit de nouveaux inculpés, « s'il résulte de l'instruction que l'inculpé a des co-auteurs ou complices justiciables des juridictions militaires le Juge d'Instruction militaire en réfère, par l'intermédiaire du Commissaire du Gouvernement au général commandant la circonscription territoriale dont relèvent les complices » qui (art. 40) « apprécie s'il y a lieu ou non de saisir la justice militaire ».

Dans ces deux cas, où le Juge d'Instruction éprouve le besoin d'étendre la compétence qu'il tient de l'ordre d'informer, la loi lui prescrit en termes semblables, d'en référer au général commandant qui a compétence pour délivrer l'ordre d'informer.

Dans le premier cas, la loi du 9 mars 1928 apporte une nouvelle précision : « Cet officier général, dit-elle (art. 62 § 2), apprécie s'il y a lieu de décerner, à raison de ces faits, un nouvel ordre d'informer et si la nouvelle poursuite doit être *jointe* à la première ». Sur la question de la jonction, dans le deuxième cas la loi est muette.

Faut-il en conclure que le général n'ait pas dans l'un et l'autre cas également le droit de décider la jonction ? Et faut-il en déduire que à défaut de décision de jonction de la part du général, le Juge d'Instruction n'ait pas le droit de la prononcer lui-même par une ordonnance de jonction ?

Pour la première question, la solution nous est apportée par une décision déjà ancienne, elle est de 1842. Elle conserve encore sa pleine valeur, malgré la différence des lois de justice militaire en vigueur, car elle se réfère à des textes du Code d'Instruction Criminelle (1). Elle mérite d'être citée.

« Attendu que le Code Militaire du 13 brumaire, an V, (3 nov. 1796) spécial pour la procédure à suivre devant les Conseils de Guerre, ne contient aucune disposition qui

1. Elle est reproduite dans le rapport fait à la séance du 4 juillet 1930 du Comité consultatif de la justice militaire.

interdise d'instruire et de juger simultanément deux délits dont la connexité ne rentre pas dans la définition précise donnée par les lois à cet égard, lorsque cette jonction paraît utile à la manifestation de la vérité.

« Attendu que les dispositions du droit commun résultant des articles 227 et 307 du Code d'Instruction Criminelle qui définissent différents cas de connexité ne pourraient justifier le pourvoi de ce chef puisqu'elles ne sont pas limitatives ; qu'ainsi le Conseil de Guerre d'Alger en jugeant dans un seul et même débat les deux délits distincts dont il s'agit, *dont la jonction avait été prescrite par l'ordre d'informer* du 29 août 1842, n'a violé aucune loi et n'a commis aucun excès de pouvoir ».

Il résulte de ces attendus que le général a, même en l'absence de connexité *stricto sensu*, le droit de joindre les poursuites ; la jonction est une mesure opportune, paraissant utile à la manifestation de la vérité.

Mais faut-il de même décider que si, au cours de l'instruction de deux procédures déligentées d'après deux ordres d'informer, il apparaît une opportunité de jonction pour des motifs de bonne administration de la justice, le Juge d'Instruction militaire ne pourra joindre d'office les deux procédures, et devra, d'après cet avis, communiquer les procédures au Commissaire du Gouvernement qui en réfèrera au général commandant la circonscription territoriale ?

Le Rapporteur de la question au Comité consultatif de la justice militaire refusait au Juge d'Instruction militaire le droit de rendre des ordonnances de jonction sans l'intervention du général commandant la circonscription territoriale et présentait les arguments suivants :

« Il y a des questions d'opportunité que le juge ne peut apprécier seul ; certaines circonstances qu'il ignore font qu'une jonction est parfois contre-indiquée. Il n'a pas à sa disposition les pièces des dossiers administratifs et le Commissaire du Gouvernement peut, lui aussi, en ignorer une partie.

« Une mesure de jonction inconsiderée qui n'est pas susceptible de recours, pourrait avoir des inconvenients

graves, amener des retards dans le jugement de la première affaire, entraîner des incompétences par suite de la révélation ultérieure de complicités civiles, prolonger les détentions, compliquer la procédure, enlever à un accusé les privilèges que le nouveau Code lui octroie en troublant les règles de composition du tribunal militaire.

« Il y a des procédures qui doivent être jugées à huis clos (telle une affaire d'espionnage). Il ne faut pas les mêler à d'autres procédures, afin d'éviter que des co-prévenus soient amenés à suivre des débats qui ne les concernent pas et reçoivent copie de pièces confidentielles.

« Le droit de jonction, sorte de pouvoir discrétionnaire, doit être contrôlé dans son exercice par les autorités supérieures qui, en dehors de ce contrôle, ne pourraient exercer aucun recours même en cas d'abus. Le général qui a donné l'ordre d'informer n'est pas dessaisi de toute surveillance dans la marche des procédures puisqu'il a aux termes de l'article 66 du Code de Justice Militaire le droit de faire opposition aux ordonnances du Juge d'Instruction susceptibles de ce mode de recours. Il est logique de lui maintenir son droit de contrôle sur les ordonnances contre lesquelles il ne peut se pourvoir ».

Et le Rapporteur concluait en préconisant cette mesure attentatoire aux droits reconnus par la loi au général commandant la circonscription territoriale, « dans la pratique, aucune jonction ne devait être ordonnée sans un rapport préalable à la X^e Direction. Une circulaire en rappelant les principes incontestables en cette matière, pourrait prescrire des mesures destinées à prévenir de sérieuses difficultés dans l'administration de la justice militaire ».

Ces arguments n'ont pas été estimés décisifs par le Comité consultatif de la justice militaire qui n'a pas suivi son Rapporteur.

Le retard qui peut résulter de la jonction des procédures n'est pas niable, une affaire compliquée est naturellement plus longue à instruire qu'une affaire simple. Mais est-ce bien la jonction qui est cause de la longueur ? Quand la jonction est justifiée par la connexité, même largement comprise,

elle résulte de la constatation de ce fait que la première affaire ne saurait être en état tant que la deuxième ne le sera pas, et l'obligation d'en référer pour opérer cette jonction au général commandant la circonscription territoriale n'est pas de nature à gagner du temps.

Le Juge d'Instruction et le Commissaire du Gouvernement ne connaissent pas les dossiers administratifs, et l'on en tire argument pour refuser au Juge d'Instruction de décider d'office la jonction. Mais cette ignorance d'une partie des faits ne saurait les empêcher de reconnaître la connexité des faits venus à leur connaissance ; que l'on reconnaisse au général commandant la circonscription territoriale le droit de décider la jonction à une affaire ayant déjà fait l'objet d'un ordre d'informer d'une autre affaire présentant des caractères de connexité avec la première, au moment où il est appelé à délivrer un nouvel ordre d'informer, soit. Mais lorsque saisi de deux ordres d'informer le Juge d'Instruction s'aperçoit, au cours de l'instruction, qu'il existe entre les deux affaires un lien de connexité évident, c'est porter atteinte à son indépendance dans l'exercice de ses fonctions judiciaires. alors que cette indépendance doit rester entière, que de lui refuser le droit de décider la jonction.

La jonction peut entraîner l'incompétence du tribunal, peut troubler les règles de composition du tribunal. Mais ces dispositions ont été voulues par le législateur ; dans son esprit elles constituent une garantie d'exacte compréhension des faits. Et c'est à ce point de vue qu'elles constituent un privilège. Et tourner la loi en entravant une mesure de bonne administration de la justice, nous semble plutôt l'opposé d'un privilège.

Le Rapporteur voudrait pouvoir soumettre la jonction au contrôle du général pour qu'il puisse s'opposer aux abus. Il a, dit-on, le droit de surveillance sur l'instruction. C'est exact ; mais le droit de surveillance il ne l'a que dans le cadre de la loi et ce droit de surveillance n'est pas le droit de direction. D'ailleurs la confiance dans l'intégrité professionnelle devant se préjuger, on doit laisser s'exercer l'initiative du Juge d'Instruction. Les abus ne se pré-

viennent pas, on les sanctionne lorsqu'ils se produisent.

Et c'est précisément *à posteriori* que le général va recouvrer ses prérogatives. C'est d'ailleurs ainsi que sur l'avis de M. Le Poittevin en a décidé le Comité consultatif de la justice militaire.

« L'ordonnance de jonction est un acte de bonne administration de la justice en vue d'éviter la multiplicité des décisions judiciaires. Le général commandant la circonscription territoriale n'a rien à y voir, il n'a pas à être consulté, il n'a qu'un seul droit, celui de faire opposition à l'ordonnance dans les conditions prévues par l'article 66 § d du Code de Justice Militaire. Le Juge d'Instruction militaire peut dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ordonner la jonction », et, ajoutait M. Lagarde : « Lorsque le général commandant la circonscription territoriale a décerné deux ou plusieurs ordres d'informer, la Chambre des mises en accusation peut, si elle le juge opportun, ordonner la jonction des procédures. Il n'y a aucune raison pour refuser le même droit au Juge d'Instruction militaire ». Il suffit, pour que le général puisse exercer son contrôle, que l'on estime avec M. Le Poittevin que l'ordonnance de jonction est susceptible d'opposition au même titre que l'ordonnance de « soit communiqué ».

Exiger qu'aucune jonction ne soit ordonnée sans un rapport préalable à la X^e Direction est une mesure inutile ou nuisible : inutile si ce rapport est sans effet, nuisible s'il doit être suivi d'instruction de la X^e Direction. La jonction est un acte d'administration dans la compétence des autorités locales : la centralisation en cette matière serait, nous semble-t-il, tout à fait inopportune.

Tels sont les caractères et l'étendue de la saisine du Juge d'Instruction militaire. Les pouvoirs sur la personne de l'inculpé sont absolument comparables à ceux que possède le Juge d'Instruction. Il dispose des mêmes moyens d'investigation pour établir la vérité sur les faits. Mais la justice militaire, justice d'exception, chargée d'appliquer une pénalité spéciale à des faits spéciaux, pour assurer son efficacité complète à une institution dont le fonctionne-

ment est confié à des techniciens responsables, n'intervient pas aussi automatiquement que la justice pénale ordinaire, chargée de réprimer les faits essentiellement délictueux.

* * *

Nous allons retrouver avec la question des *suppléments d'information* une référence à ce même caractère de simple « droit de regard » dans lequel s'analyse la surveillance du général commandant la circonscription territoriale.

Voici comment peut se présenter la question.

Il faut supposer que le tribunal militaire appelé à juger une affaire dont, par conséquent, l'instruction a été close, ordonne un supplément d'information. Cette situation est prévue par l'article 86 du Code de Justice Militaire (1).

Qui sera chargé de procéder au complément d'information ?

Le tribunal militaire peut-il valablement en charger un de ses membres ? Peut-il en charger le Juge d'Instruction ? Appartient-il au Commissaire du Gouvernement de prendre les mesures nécessaires pour que le général délivre à nouveau l'ordre d'informer saisissant un Juge d'Instruction ?

Et d'abord il semble difficile d'envisager que le tribunal puisse confier le supplément d'information à un de ses membres, car les juges des tribunaux militaires ne sont pas permanents. La Cour de cassation, dans les arrêts du 10 août 1922 et du 16 novembre 1922 citées plus loin, a repoussé cette solution, qu'avait pourtant indiquée la circulaire 7384 2/10 du 20 juin 1915 (2).

1. L'examen et les débats sont continués sans interruption et le Président ne peut les suspendre que pendant les intervalles nécessaires pour le repos des juges, des témoins et des inculpés.

Les débats peuvent encore être suspendus si un témoin, dont la déposition est essentielle, ne s'est pas présenté, ou si, la déclaration d'un témoin ayant paru fausse, l'arrestation de ce témoin a été ordonnée, ou lorsqu'un fait important reste à éclaircir.

2. L'article 129 § 2 du Code de Justice Militaire prévoit que les débats d'une affaire peuvent être suspendus « lorsqu'un fait important reste à éclaircir ». Il en résulte qu'un supplément d'instruction peut être régulièrement ordonné mais aucun texte ne précise comment et dans quelles conditions il sera procédé à ce supplément d'instruction.

J'ai l'honneur de vous faire connaître ci-après la procédure qu'il convient

Et la question se ramène alors à cette autre : le Juge d'Instruction reste-t-il saisi pour parfaire l'information, ou bien le Commissaire du Gouvernement doit-il demander au général commandant la circonscription territoriale, un nouvel ordre d'informer pour que le Juge d'Instruction puisse valablement poursuivre l'information ? Sous cette forme la question se ramène à déterminer l'étendue de la saisine du Juge d'Instruction.

Sous l'empire de la loi du 9 juin 1857 quand un Conseil de Guerre ordonnait un supplément d'information, aux termes de la jurisprudence de la Cour de cassation, il ne pouvait ni le confier à l'un de ses membres, ni en charger le Rapporteur (Juge d'Instruction). Il appartenait au Commissaire du Gouvernement de prendre toutes mesures pour que le général délivre un nouvel ordre d'informer (1).

d'adopter en pareil cas. Le supplément d'instruction doit être ordonné par un jugement qui commit, pour y procéder, soit le Président, soit un des juges composant le Conseil de Guerre. L'officier commis n'est pas tenu de procéder lui-même à l'information : il peut donner à cet effet une commission rogatoire aux Rapporteurs près les Conseils de Guerre (Juges d'Instruction près les tribunaux militaires) dans les ressorts desquels peuvent être le plus utilement accomplis ces divers actes d'instruction.

Lorsque ces commissions rogatoires ont été exécutées, elles sont retournées à l'officier commis qui les communique au Commissaire du Gouvernement. Celui-ci prend, d'accord avec le Président, les mesures nécessaires pour qu'une audience soit fixée pour laquelle sont cités tous les témoins utiles, notamment les nouveaux témoins révélés par l'instruction supplémentaire.

L'instruction supplémentaire est jointe simplement aux pièces du dossier. Aucune autre formalité n'est nécessaire : l'officier commis n'a même aucun rapport à établir.

1. *Arrêt de la Cour de cassation du 11 août 1922 :*

« Attendu que les prescriptions de la circulaire du Ministre de la Guerre du 20 juin 1915 aux termes de laquelle le supplément d'information dans les cas prévus par l'article 129 du Code de Justice Militaire (article 86 du Code du 9 mars 1928), doit être ordonné par un jugement qui commit pour y procéder soit le Président, soit un des juges composant le Conseil de Guerre, sont inapplicables devant les Conseils de Guerre dont les juges ne sont pas permanents, pouvant en vertu de l'article 6 de la loi du 9 juin 1857 être remplacés tous les six mois, et même dans un délai moindre s'ils cessent d'être employés dans la division.

« Attendu que les instructions contenues dans la circulaire du Ministre de la guerre du 26 mai 1922, d'après lesquelles le Conseil de Guerre peut commettre pour procéder à l'information supplémentaire, soit le Président

Cette jurisprudence, résultant de deux arrêts de cassation, était donc bien établie mais elle n'était pas sans inconvénients. En effet, le tribunal n'ayant pas rendu de jugement, l'ordre d'informer initial n'a pas été purgé. Si le général délivre un nouvel ordre d'informer, il sera joint au premier soit par le général, soit par le Juge d'Instruction, soit par le tribunal et les deux ordres se trouveront purgés en même temps. Mais si le général refuse de décerner l'ordre d'infor-

du Conseil de Guerre, soit l'un des juges, soit même le Commissaire du Gouvernement, ne sont pas davantage applicables devant les juridictions militaires, à raison des règles posées dans les articles 99 et suivants du Code de Justice Militaire pour l'armée de terre.

« Attendu en effet, qu'aux termes de ces articles, la poursuite des crimes et délits ne peut avoir lieu, à peine de nullité, que sur un ordre d'informer donné par le général commandant la division, lequel adresse cet ordre au Commissaire du Gouvernement qui transmet immédiatement toutes les pièces au Rapporteur, ce dernier devant procéder à l'information et la transmettre ensuite avec son rapport et son avis au Commissaire du Gouvernement, qui les adresse aussitôt au général avec ses conclusions.

« Attendu... qu'il appartient dès lors au Commissaire du Gouvernement de faire saisir régulièrement le Rapporteur par un nouvel ordre d'informer du général commandant la division... »

Arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 1922 :

« Attendu que lorsqu'un Conseil de Guerre suspend l'examen des débats en vertu de l'article 129 du Code de Justice Militaire, afin d'éclairer un fait important, il ne doit ni ordonner qu'un de ses membres procédera à un supplément d'information, ni charger l'officier rapporteur de faire une nouvelle instruction.

« Qu'en effet, d'une part, les juges composant les Conseils de Guerre ne sont pas, aux termes de l'article 6 du Code précité des juges permanents ; que, d'autre part, il résulte des articles 99 et suivants du même Code que la poursuite des délits ne peut avoir lieu, à peine de nullité, que sur un ordre d'informer donné par le général commandant la division et adressé au Commissaire du Gouvernement, lequel transmet les pièces au Rapporteur, celui-ci devant procéder à l'information ; et en transmettre ensuite les résultats avec son rapport et son avis au Commissaire du Gouvernement qui les fait parvenir au général avec ses conclusions.

« Attendu que ces règles sont applicables au supplément d'information qu'ordonne un Conseil de Guerre lorsqu'il lui apparaît qu'un fait important reste à éclaircir ; qu'il appartient, en ce cas, au Commissaire du Gouvernement de faire toutes diligences nécessaires pour que le Rapporteur soit régulièrement saisi par un nouvel ordre d'informer du général de division et de procéder ensuite conformément aux articles 100, 108 et 111 du Code de Justice Militaire.

« Attendu que le jugement s'est affranchi de ces règles, est vicié de nullité et que son annulation entraîne aux termes de l'article 176 du Code de Justice Militaire celle de tous les actes qui ont suivi ».

mer nécessaire pour procéder au supplément d'information, la situation sera inextricable

Il y a tout lieu de penser que c'est précisément pour éviter ce résultat que le ministre par sa circulaire du 20 juin 1915 précitée, avait donné au tribunal la possibilité de commettre un de ses membres pour procéder au supplément d'information, solution rejetée par la Cour de cassation.

Une solution nouvelle a été préconisée, motif pris des pouvoirs différents reconnus au général commandant la circonscription territoriale par la loi du 9 mars 1928.

En effet, sous l'empire de la loi de 1857, le général commandant avait non seulement le droit de délivrer l'ordre d'informer, mais encore celui de donner, après la clôture de l'instruction, l'ordre de mise en jugement. Son pouvoir de donner l'ordre de mise en jugement ne pouvait s'exercer utilement qu'en lui laissant la possibilité de revenir sur sa décision première en lui reconnaissant le droit de délivrer le nouvel ordre d'informer. Il avait ainsi le pouvoir de paralyser l'action de la justice en s'opposant au supplément d'instruction : cela était conforme aux droits que lui reconnaissait alors la loi. Or maintenant, il n'a plus, après délivrance de l'ordre d'informer qu'un droit de regard sur l'instruction.

La loi du 9 mars 1928 a voulu consacrer une plus grande indépendance de la justice. C'est le Juge d'Instruction qui maintenant clôt son instruction en prescrivant la mise en jugement ou en transmettant le dossier de procédure à la Chambre des mises en accusation. Le droit du général se limite à un droit de regard se manifestant simplement par le droit qu'il a de faire opposition à cette ordonnance devant la Chambre des mises en accusation.

Dès lors on pourrait résoudre la difficulté en décidant que l'ordre d'informer initial comporte le principal et l'accessoire, que le Juge d'Instruction procédera au supplément d'information en vertu du même ordre d'informer qui lui a donné compétence pour l'instruction initiale. C'est cette solution que préconisait M. le Professeur Lévy-Ulmann,

rapporteur de cette question devant le Comité consultatif de la justice militaire. M. Le Poittevin, par contre, était d'avis de reconnaître au tribunal militaire le pouvoir reconnu à la Cour d'assises, c'est-à-dire de commettre un de ses membres au supplément d'information, en vertu du principe que tout juridiction a le droit de s'éclairer. Mais cette solution implique une modification de la jurisprudence de la Cour de cassation, beaucoup plus incertaine, le caractère non permanent des membres du tribunal n'ayant pas été modifié.

Il reste néanmoins que la jurisprudence de la Cour de cassation pèse sur la solution de la prorogation de la compétence du Juge d'Instruction au-delà de l'ordonnance de clôture. Il faut attendre une occasion de saisir la Cour de cassation de cette question pour savoir si les conclusions de M. le Professeur Lévy-Ulmann, adoptées à l'unanimité par le Comité consultatif de la justice militaire dans sa séance du 6 mars 1931 seront définitives.

CHAPITRE IV

Droits du Juge d'Instruction sur la personne de l'inculpé.

Le Juge d'Instruction, par l'ordre d'informer, a comme mission d'établir la vérité sur les faits mentionnés à l'ordre d'informer, de rechercher si les personnes indiquées dans cet ordre d'informer comme auteurs de ces faits, en sont réellement les auteurs, de rassembler les preuves afin qu'elles puissent être présentées à la juridiction du jugement, enfin de décider d'en livrer les auteurs à la juridiction de jugement.

Pour arriver à remplir sa mission, le Juge d'Instruction a besoin de disposer de moyens d'investigation favorisant la manifestation de la vérité. La loi les précise afin de les adapter exactement au but à atteindre, but identique, qu'il s'agisse du Juge d'Instruction du droit commun ou du Juge d'Instruction militaire. Cependant, quoique semblables dans l'ensemble, ces moyens présentent des différences intéressantes à relever. L'objet du présent chapitre consiste à examiner comment le Juge d'Instruction est armé vis-à-vis de l'inculpé, dont l'intérêt, s'il est coupable, est de s'opposer à la manifestation de la vérité, et à l'exercice de la justice.

Le Juge d'Instruction militaire comme le juge civil peut avoir besoin pour l'exercice de la justice de s'assurer de la personne de l'inculpé. L'un et l'autre disposent pour cela de mandats. Les circonstances peuvent être telles que le Juge d'Instruction qui a décidé de mettre en prison préven-

tive un prévenu, estime que cette mesure est devenue inutile : d'où la mise en liberté provisoire. Il se peut aussi que pour la manifestation de la vérité, le Juge d'Instruction juge opportun de mettre le prévenu au secret. Quels sont les pouvoirs du Juge d'Instruction militaire à ces trois points de vue ?

Cette étude comprendra trois parties :

- I. — *Les mandats.*
- II. — *L'interdiction de communiquer.*
- III. — *La liberté provisoire.*

§ I.

LES MANDATS.

Le Juge d'Instruction militaire peut signer des mandats tendant à l'arrestation ou la comparution de l'inculpé. Les mandats sont des ordres donnés soit à l'inculpé, soit aux agents de la force publique.

Ils doivent présenter les renseignements essentiels prévus par l'article 97 du Code d'Instruction Criminelle : 1^o énoncer les noms et la qualité du magistrat qui les dénonce ; 2^o porter sa signature et son sceau ; 3^o être datés ; 4^o désigner aussi clairement que possible le prévenu.

Il y a quatre sortes de mandats : le mandat de comparution, le mandat d'amener, le mandat de dépôt et le mandat d'arrêt.

1^o Le *mandat de comparution* s'adresse à l'inculpé et l'invite à comparaître. Ce mandat doit être notifié à l'intéressé par un huissier ou un agent de la force publique qui en laisse copie et retourne au Juge d'Instruction l'original portant au pied signification.

Ce mandat n'autorise l'agent qui le notifie à user d'aucun procédé de contrainte à l'égard de celui qu'il concerne. « En matière *criminelle* ou *correctionnelle*, le Juge d'Instruction pourra ne décerner qu'un mandat de comparution, sauf à

convertir ce mandat après interrogatoire, en tel autre mandat qu'il lui appartiendra (loi du 14 juillet 1865) ». S'il s'agit d'un délit ne comportant pas la peine d'emprisonnement, le mandat de comparution est le seul que doit décerner le juge.

2° Le *mandat d'amener* est un ordre donné à tous les huissiers et agents de la force publique de conduire, même par la contrainte, l'inculpé après notification du mandat, devant le Juge d'Instruction pour être interrogé (1). Le mandat d'amener est obligatoirement décerné par le juge si la personne recherchée n'a pas satisfait à un mandat de comparution antérieurement délivré (2).

Dans ces deux premiers mandats, les faits sur lesquels l'inculpé sera interrogé ne doivent pas obligatoirement être indiqués ; cependant l'usage tend à les y énoncer brièvement. Ces deux mandats ne tendent qu'à assurer la comparution de l'auteur supposé du fait délictueux ; ils ne le constituent pas en détention préventive (3).

Ils ne devraient donc pas aboutir à l'incarcération du prévenu, mais bien à son interrogatoire immédiat. Or, le Juge d'Instruction peut ne pas être libre ; il est indispensable, d'autre part, de s'assurer de la personne du prévenu. Pour arriver à ce but (art. 93 du C. I. C., modifié par la loi du 8 déc. 1897), des garanties ont été accordées aux personnes qui font l'objet de ces deux premiers mandats, afin que leur incarcération soit réduite au minimum. Les dis-

1. Des précautions doivent être prises pour éviter d'obliger à un déplacement au delà d'une certaine distance, une personne qui pourrait ne pas être la personne recherchée : interrogatoire d'identité, ~~consentement~~ à transfèrement, ou à défaut de consentement, ordonnance de transfèrement.

2. « Le Juge d'Instruction peut également décerner des mandats d'amener contre les témoins qui refusent de comparaître sur citation à eux donnée, conformément à l'article 80 et sans préjudice de l'amende portée à cet article » (art. 92 du Code d'Instruction Criminelle).

3. Ces mandats ne sont pas les seuls procédés par lesquels on puisse mettre un délinquant en présence du juge. En cas de flagrant délit (art. 116, § 4, du C. I. C., et art. 163 du Code Forestier) les gardes champêtres ou forestiers ont le droit d'arrestation ; en cas de crime flagrant (art. 106, C. I. C.), tout dépositaire de la force publique et même toute personne a le droit d'arrestation. Les limites du droit d'arrestation sont d'ailleurs très imprécises.

positions compliquées du droit commun sont bien simplifiées par l'article 64, dernier alinéa du Code de Justice Militaire. « L'inculpé qui a été l'objet d'un mandat d'amener peut être incarcéré provisoirement, à titre disciplinaire, sur la production de ce mandat, en attendant son interrogatoire ». L'étranger, complice d'un justiciable des tribunaux militaires en temps de paix, qui aura été l'objet d'un mandat d'arrêt, sera donc incarcéré provisoirement, comme un militaire, sur la production du mandat.

D'ailleurs le Juge d'Instruction, tant civil que militaire, peut faire cesser cette situation anormale en délivrant un mandat de dépôt, mais après interrogatoire seulement.

3^o Le *mandat de dépôt* est un ordre analogue à celui du mandat d'amener, mais enjoignant de conduire le prévenu à la maison d'arrêt où il sera maintenu en état de détention, mais cette détention sera provisoire, il s'agit d'un simple dépôt.

4^o Le *mandat d'arrêt* aboutit au même résultat, mais cette fois, la détention n'aura pas au même degré le caractère provisoire.

Mandat d'arrêt et mandat de dépôt sont deux moyens par lesquels le juge ordonne la détention préventive : dualité qui n'est pas nécessaire et qui s'explique historiquement (1). Leurs effets sont les mêmes.

En pratique, le juge emploie le mandat de dépôt quand il a le prévenu à sa disposition et qu'il juge utile de le placer en détention préventive. Par contre, il emploiera le mandat d'arrêt si le prévenu est en fuite : ce dernier mandat donne droit, au profit des agents de la force publique qui procèdent à l'arrestation, à une prime de capture.

Ces deux mandats mettent le prévenu en *détention préventive* ; ils sont révocables l'un et l'autre (depuis la loi du 14 juillet 1865 pour le mandat d'arrêt). Ils diffèrent en la

1. Le mandat de dépôt est postérieur au mandat d'arrêt. Il a été créé par la loi du 7 pluviôse an IX. Moins coûteux et moins formaliste, il a été mis à la disposition du ministère public comme arme nouvelle contre les actes de pillage et de brigandage dont souffraient alors les campagnes.

forme : le mandat d'arrêt doit être précédé des conclusions (conformes ou non) du Procureur de la République ; il doit énoncer le fait qui est la cause de la poursuite et viser le texte de loi qui l'incrimine,

Le Juge d'Instruction militaire peut délivrer les mêmes mandats que le Juge d'Instruction ordinaire, mandats ayant des effets identiques quel que soit le magistrat qui les a décernés, sauf les garanties différentes résultant de la loi du 8 décembre 1897 en faveur du prévenu devant les juridictions ordinaires, et de l'article 64 du Code de Justice Militaire pour le prévenu devant les juridictions militaires.

Mais, pour la délivrance de ces mandats, le Juge d'Instruction militaire ne dispose pas des mêmes pouvoirs que le juge civil. Le juge civil ne pourra décerner le mandat d'arrêt qu'après avoir entendu le Procureur de la République ; pour les autres mandats cette formalité ne lui est pas imposée.

Tous les mandats du Juge d'Instruction militaire, pour devenir exécutoires doivent « être visés par le Commissaire du Gouvernement ». Ils sont notifiés par ce dernier : 1° au général commandant la circonscription territoriale dont relève le militaire contre qui le mandat a été décerné afin de le renseigner sur la situation du militaire sous ses ordres, objet du mandat ; 2° Au général commandant la circonscription territoriale du lieu où siège le tribunal militaire afin qu'il sache que tel inculpé est susceptible d'être traduit devant le tribunal militaire de son ressort ; 3° Les mandats d'arrêt et de dépôt sont en outre notifiés au commandant d'armes du lieu d'incarcération de l'inculpé, le commandant d'armes ayant sous sa surveillance la prison militaire et sous sa dépendance directe le commandant de cette prison.

Le Juge d'Instruction militaire a donc des pouvoirs plus étendus que le juge civil obligé d'obtenir les conclusions du Procureur de la République pour délivrer un mandat d'arrêt. Par contre, pour tous ses mandats, il doit obtenir le visa (condition qui les rend exécutoires) du Commissaire du Gouvernement. Le Commissaire du Gouvernement peut-

il refuser son visa ? On ne saurait le soutenir, malgré les termes de l'article 64, alinéa 2 Il semble plutôt que l'on doive admettre que ce visa n'est qu'une mesure d'ordre destinée à éviter que le Commissaire du Gouvernement n'omette les diverses notifications qui lui incombent. Et cette notification est justifiée par les principes de la discipline militaire et par des raisons administratives.

Les mandats de dépôt et d'arrêt mettent le prévenu en état de détention préventive.

Les individus en *détention préventive* jouissent d'un régime bien meilleur que celui de la détention ordinaire (1) : elle est considérée comme un mal provenant de ce qu'il faut du temps pour instruire le procès pénal. L'inculpé la subit avant d'être condamné, alors qu'il devrait être présumé innocent.

L'idée est venue d'assurer la réparation de ce mal en imputant sur la peine, en cas de condamnation, la durée de la détention préventive (loi du 15 novembre 1892 qui a modifié les art. 23 et 24 du C. P.). L'interprétation a lieu de plein droit mais le juge peut ordonner par disposition spéciale et motivée, que cette imputation n'aura pas lieu.

L'imputation de la détention préventive s'applique aux condamnations prononcées par les tribunaux militaires. Mais une différence importante existe quant au point de départ de la détention préventive : « Est réputé en état de détention préventive, tout individu privé de sa liberté sous l'inculpation d'un crime ou d'un délit », article 250, alinéa 6 du Code de Justice Militaire. Pour comprendre la signification de cette disposition, il faut se reporter aux dispositions en vigueur sous le régime du Code de 1857, dont l'article 250 précité reproduit l'article 200 (texte modifié par la loi du

1. Les individus en détention préventive peuvent, avec la permission du Juge d'Instruction, recevoir des visites, ils peuvent écrire, mais leur correspondance est contrôlée et communiquée au Juge d'Instruction (à l'exception de celle avec leur défenseur) ; ils peuvent, à leurs frais, améliorer leur régime matériel, ils ne sont pas soumis à l'obligation du travail, et s'ils travaillent, les 7/10 du produit de leur travail leur sont intégralement versés en pécule disponible.

2 avril 1901 pour le mettre en harmonie avec les art. 23 et 24 du Code pénal).

A prendre ce texte à la lettre, il établit un autre *point de départ* de la détention préventive que celui donné par la jurisprudence de la Cour de cassation (arrêt du 16 mars 1893). Celle-ci exige, en effet, un ordre de poursuite délivré par le parquet, et l'incarcération régulière faite au vu d'un mandat de dépôt ou d'arrêt; le point de départ est donc la date d'inscription sur le registre d'écrou. Les dispositions de la loi du 2 avril 1901 n'exigeant que la privation de la liberté sous l'inculpation d'un crime ou d'un délit, le point de départ de la détention préventive pour les militaires, en prison disciplinaire, aurait dû être fixé par la date de l'ordre d'informer qui crée l'inculpation (1).

S'inspirant de considérations tirées de ce fait que les dispositions de la loi de 1901 étaient empruntées au Code Maritime du 9 avril 1895 où elles avaient une portée différente résultant des travaux préparatoires de la loi (2), le Ministre de la Guerre, par dépêches ministérielles du 22 mai 1901 et 27 août 1903 fit partir la détention préventive du moment où l'individu avait été privé de sa liberté en raison de l'inculpation relevée contre lui.

Il en résulte que sous le régime antérieur, le point de départ de la détention préventive d'un inculpé était la date de son incarcération dans les locaux disciplinaires du corps à raison du fait ayant motivé une plainte en Conseil de Guerre, et qu'il faut donner la même interprétation à l'article 250 du nouveau Code de Justice Militaire. Les dépêches ministérielles du 22 mai 1901 et 27 août 1903 sont encore en vigueur.

L'incarcération sur le vu des mandats de dépôt ou d'arrêt du Juge d'Instruction militaire, ne peut donc jamais

1. Dans la pratique, en même temps que l'ordre d'informer, le général signe un ordre d'incarcération de l'inculpé. Cet ordre permet l'incarcération à la maison de discipline de la prison militaire de la garnison dans laquelle le tribunal militaire a son siège.

2. Voir rapport du 4 mars 1893, *J. O., Doc. parlementaire*, mars 1895, p. 162. Rapporteur M. Gerville-Roche.

fixer le point de départ de la prison préventive (1) et si l'on rapproche cette solution de la disposition de l'article 44 du Code de Justice Militaire : « lorsque l'inculpé est déjà incarcéré, à titre disciplinaire, au moment de la délivrance de l'ordre d'informer, le chef de corps ou de service requiert la gendarmerie de faire transférer l'inculpé, s'il n'y est déjà, dans la maison de discipline de la prison militaire du lieu où siège le tribunal militaire » ; on a conclu que les mandats du Juge d'Instruction ne lui sont même pas utiles pour s'assurer la comparution de l'inculpé.

§ II

L'INTERDICTION DE COMMUNIQUER.

Aux termes de l'article 603 du Code d'Instruction criminelle, les individus placés en détention préventive devraient être enfermés dans une maison d'arrêt ou de justice, et, d'après l'article 1^{er} de la loi du 5 juin 1875, ils devraient être soumis à la *séparation individuelle* de jour et de nuit. Comme d'autre part, les individus en détention préventive ne peuvent recevoir de visites qu'avec la permission du Juge d'Instruction, il suffirait à ce dernier de refuser cette permission pour empêcher l'inculpé de « se concerter avec d'autres détenus ou même avec des personnes du dehors,

1. Une question s'est posée à la suite d'un incident soulevé par le Procureur Général de Bordeaux (lettre du 9 mars 1929 à M. le Garde des Sceaux, affaire du 1^{er} février 1929, tribunal correctionnel de Périgueux). Faut-il accorder au militaire condamné par les tribunaux ordinaires, le même point de départ pour la détention préventive que celui qu'il aurait obtenu pour une condamnation prononcée par les tribunaux militaires ? Non, répond le Procureur de Bordeaux ; il faut appliquer les règles en usage devant les tribunaux ordinaires. Alors, répondent les adversaires de cette solution, les rigueurs de la justice auront été accrues pour le militaire avec la mise en vigueur de la loi du 15 mars 1928 ; le législateur ne l'a certainement pas voulu.

Cette solution discutée par le Comité consultatif de la Justice militaire (Voir procès-verbal des séances et travaux, t. I, 1929-1930, p. 119) dans sa séance du 4 avril 1930, n'a pas été résolue. Ce Comité a conclu à la nécessité d'un nouveau texte législatif.

pour combiner un système de défense ou faire disparaître les traces du délit » (1).

Mais, généralement faute de locaux appropriés suffisants, la détention préventive est subie sous le *régime en commun*. Il faut alors que le prévenu soit mis à l'isolement (au besoin dans une cellule). Le magistrat instructeur peut prescrire une interdiction de communiquer (anciennement mise au secret).

Cette faculté est donnée au Juge d'Instruction civil par l'article 613 du Code d'Instruction Criminelle (par la loi du 14 juillet 1865), au Juge d'Instruction militaire par l'article 60 du Code de Justice Militaire en termes identiques. Ils doivent, l'un et l'autre, le faire par une ordonnance transcrite sur le registre de la prison.

L'interdiction de communiquer peut être prononcée par le Juge civil pour une durée de dix jours seulement; elle peut être renouvelée pour une nouvelle période de même durée. Le Juge d'Instruction militaire peut la prononcer pour cinq jours seulement, et peut la renouveler pour une autre période de cinq jours. Pour l'un et l'autre, l'interdiction de communiquer ne s'applique en aucun cas au défenseur.

Le Juge d'Instruction civil peut prescrire une interdiction de communiquer pour une durée de vingt jours au total; le Juge d'Instruction militaire pour une durée maximum de dix jours seulement.

Cette *différence de durée* de l'interdiction de communiquer ne s'explique pas : le législateur a sans doute voulu imposer moins de rigueur au prévenu militaire. Mais, pendant l'instruction, toutes les rigueurs inutiles devraient être interdites.

L'interdiction de communiquer est une mesure d'instruction. Elle n'est donc susceptible d'aucune opposition (2).

1. *Traité théorique et pratique de Droit pénal et de Procédure pénale militaire*, par Pierre Hugueney.

2. « A cette mise au secret, un tempérament extrêmement important s'applique en matière militaire comme en matière civile : l'interdiction de communiquer ne peut jamais s'appliquer au défenseur. L'inculpé conserve en

§ III

LA MISE EN LIBERTÉ PROVISOIRE.

Au lieu de songer à aggraver une incarcération uniquement rendue nécessaire par la nécessité de faciliter l'établissement des faits et de leur imputabilité au prévenu, le Juge d'Instruction peut estimer qu'elle cesse d'être indispensable, l'information étant suffisamment avancée, ou pour tout autre motif. Il peut songer à faire bénéficier le prévenu de la mise en liberté provisoire; il met alors fin à la détention préventive par une ordonnance portant *mainlevée du mandat* de dépôt ou d'arrêt.

La mise en liberté s'impose parfois au Juge d'Instruction.

Le Code d'Instruction Criminelle primitif n'apportait aucune restriction au droit du Juge d'Instruction de mettre ou de retenir l'inculpé en état de détention primitive. Tout au plus, une fois rendue l'ordonnance de renvoi, existait l'obligation de mettre en liberté l'inculpé poursuivi pour un fait passible d'une simple peine pécuniaire (art. 131). Cette mesure ne constituait aucune entrave aux recherches du Juge d'Instruction : toutefois elle pouvait être considérée comme une indication au Juge d'Instruction. En matière criminelle aucune mise en liberté n'était possible.

La première atteinte à ces dispositions rigoureuses fut apportée par la loi du 14 juillet 1865 qui *autorisa* en toutes matières la mise en liberté sur requête et en outre l'accorda de droit, cinq jours après l'interrogatoire, à l'inculpé domicilié lorsque le maximum de la peine encourue était inférieur à deux ans d'emprisonnement (art. 113). Hors ce cas, le mandat du Juge d'Instruction conservait un effet indéfini, jusqu'à la clôture de l'instruction.

La loi du 7 février 1933 a atteint les pouvoirs du Juge d'Instruction en modifiant des dispositions exposées ci-dessus :

toutes circonstances le droit de communiquer librement ou par écrit avec son défenseur » O. C. Pierre Huguency.

1^o Elle a étendu les cas où la mise en liberté est de droit ;

2^o Elle a réduit dans le temps l'effet du mandat mettant le prévenu en détention provisoire ;

3^o Elle assure l'intervention de la Chambre du Conseil pour prolonger la détention au delà d'un certain délai.

La mise en liberté est de droit, immédiatement, à peu près dans le cas prévu par la loi du 14 juillet 1865. Innovation fort libérale, mais dont l'application pourrait bien soulever de nombreuses difficultés. Le Juge d'Instruction doit séance tenante relâcher le délinquant amené au parquet sans disposer d'aucun délai pour vérifier son identité, son domicile, ses antécédents. Dès lors dans tous les cas visés par cette loi, ne pourra plus fonctionner la méthode appliquée à Paris, où le parquet ouvrait une instruction confiée aux cabinets d'instruction établis au petit parquet.

Quand la mise en liberté immédiate ne s'impose pas, alors s'applique la disposition de l'alinéa 2 de l'article 113 du Code d'Instruction Criminelle, visant toutes matières tant criminelles que correctionnelles ; la mise en liberté est de droit cinq jours après l'interrogatoire. Cette mesure, présentée par Clemenceau en 1907, avait fait dire à M. Cuhe que l'auteur « n'avait pas résisté au plaisir de donner une nouvelle preuve de son penchant à l'ironie ». Cette plaisanterie est cependant devenue obligatoire. Espère-t-on que le Juge d'Instruction pourra clore une instruction criminelle en cinq jours ? Plaisanterie qui mettrait en péril la sécurité publique si l'obligation n'admettait des exceptions. La disposition de la loi va se borner à exiger du juge qu'il invoque une de ces exceptions dans une ordonnance motivée (1).

1. Les cas d'exception sont les suivants :

1^o Si l'inculpé n'a pas en France un domicile certain ;

2^o S'il a été précédemment condamné à plus de trois mois d'emprisonnement sans sursis pour délits de droit commun ;

3^o S'il y a lieu de craindre que l'inculpé essaie de se soustraire à la justice ;

4^o S'il est dangereux pour la sécurité publique ;

5^o Si son maintien en liberté est de nature à nuire à la manifestation de la vérité.

Elles se prêtent à tous les cas ; le Juge d'Instruction pourra toujours maintenir la détention en invoquant la crainte que l'inculpé essaie de se soustraire à la justice, ou que son maintien en liberté soit de nature à nuire à la manifestation de la vérité.

Quoi qu'il en soit la liberté est de droit : pour qu'elle ne soit pas accordée il faut une ordonnance du juge, ordonnance contre laquelle peuvent interjeter appel, l'inculpé et le Procureur de la République. Cet appel résulte d'une simple déclaration au bas de l'ordonnance ou sur le registre tenu au greffe. Cette ordonnance doit être notifiée.

C'est la Chambre du Conseil qui juge en dernier ressort cet appel. Elle doit, à peine de nullité, statuer sans désespérer, le jour même de l'audience, c'est-à-dire dans les quarante-huit heures au plus tard de la requête. Aucune remise n'est possible. La détention préventive ne peut être maintenue par l'ordonnance du juge que pour quinze jours.

Au delà des quinze jours de détention préventive, résultant de l'ordonnance du Juge d'Instruction, la détention ne peut être maintenue par simple ordonnance du juge. Si les circonstances sont telles que les nécessités de l'information exigent une prolongation de la détention, elle ne peut être obtenue que par une intervention de la Chambre du Conseil (1).

La Chambre du Conseil est saisie par le Juge d'Instruction lui-même. Elle peut proroger d'un mois la détention préventive et s'il y a lieu cette prorogation peut se renouveler de mois à mois jusqu'à ce que l'instruction soit achevée. Les décisions de la Chambre du Conseil statuant sur la prolongation de la détention préventive sont susceptibles d'appel, porté devant la Chambre des mises en accusation.

Hors les époques où le Juge d'Instruction doit faire régler la question de la détention préventive, il peut toujours, lorsque la liberté provisoire n'est pas de droit, d'office, ou

1. Cette juridiction emprunte son nom à une institution ancienne créée en 1808, abolie en 1856.

sur la demande de l'inculpé, autoriser la liberté provisoire en toute matière et en tout état de la cause (art. 115 nouveau du C. d'I. C.).

S'il prend l'initiative de décider la mise en liberté provisoire, le Juge d'Instruction procède par ordonnance de mainlevée du mandat. En vertu de l'article 94 § 3 du Code d'Instruction criminelle, il ne peut le faire que sur les conclusions conformes du Procureur de la République.

Mais si le Procureur de la République n'est pas d'accord avec le juge pour accorder la liberté provisoire, celui-ci peut néanmoins en prendre l'initiative (art 115 du C. d'I. C. modifié) ; il est alors dans les pouvoirs du Procureur de la République d'interjeter appel de l'ordonnance du juge, appel qui sera jugé par la Chambre du Conseil, en dernier ressort.

La mise en liberté provisoire peut être demandée par l'inculpé : le Juge d'Instruction statue sur cette demande. Qu'il accueille la demande ou la rejette, son ordonnance peut être attaquée par la voie de l'appel devant la Chambre du Conseil qui juge en dernier ressort. Il n'a jamais été admis qu'une question de fait puisse être soumise à plus de deux juridictions.

Il résulte de cette réglementation que les pouvoirs du Juge d'Instruction sont assez étroitement délimités en ce qui concerne la détention préventive. Il ne peut pas prendre lui-même la décision de la maintenir au delà d'un certain délai ; en outre, quand il a le pouvoir de statuer en cette matière, sa décision est toujours soumise à l'appel de la Chambre du Conseil.

Le Juge d'Instruction peut toujours subordonner l'octroi de la mise en liberté à l'obligation de fournir un cautionnement. C'est au juge qu'il appartient d'apprécier les cas où il est opportun d'exiger une caution. Il a également toute latitude pour fixer le taux de cette caution. La mise en liberté provisoire implique toujours l'engagement, pour le prévenu, de se représenter à tous les actes de procédure et pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis.

La mise en liberté provisoire a lieu sans préjudice du droit que conserve le Juge d'Instruction, dans la suite de l'information, de décerner un nouveau mandat d'amener, d'arrêt ou de dépôt si les circonstances nouvelles et graves rendent cette mesure nécessaire.

Ces droits, que le Code d'Instruction Criminelle accorde au Juge d'Instruction, lui appartiennent jusqu'au moment où il se trouve dessaisi, c'est-à-dire jusqu'au moment où il a rendu l'ordonnance de clôture de l'instruction. Le droit de prononcer la mise en liberté provisoire passe alors à la juridiction d'instruction du second degré, Chambre des mises en accusation, ou à la juridiction de jugement si celle-ci est saisie.

Le Juge d'Instruction militaire dispose, en ce qui concerne la mise en liberté provisoire, de pouvoirs réglés de façon différente de ceux dont dispose le Juge d'Instruction ordinaire.

1^o La mise en liberté provisoire, pour les affaires instruites devant les tribunaux militaires, ne s'impose jamais au Juge d'Instruction, contrairement aux dispositions nouvelles du Code d'instruction criminelle, modifié par la loi du 7 février 1933.

2^o Le Juge d'Instruction militaire peut prendre l'initiative de mettre le prévenu en liberté provisoire, sans y être sollicité par le Commissaire du Gouvernement ou l'inculpé. Mais il ne peut accorder cette faveur qu'après avis du Commissaire du Gouvernement, qui doit le donner sous forme de conclusions écrites (art. 55 du Code de Justice Militaire, alinéa 1^{er}). En cette matière également, comme en beaucoup d'autres, il n'est pas indispensable qu'il obtienne l'avis conforme du Commissaire du Gouvernement : s'il prend une mesure contraire à celle envisagée par ce dernier et exprimée dans ses conclusions, sa seule obligation est de motiver sa décision.

Le Juge d'Instruction décide. Dans ce cas, il rend une ordonnance de mise en liberté provisoire (1) à la charge,

1. Si l'inculpé a été placé en état de dépôt ou d'arrêt, le Juge d'Instruction

par l'inculpé, de se présenter à tous les actes de la procédure, aussitôt qu'il en est requis et de se constituer prisonnier la veille du jugement. Le Commissaire du Gouvernement peut faire opposition à cette ordonnance devant la Chambre des mises en accusation.

Quand le Juge d'Instruction militaire n'a pas prononcé d'office la mise en liberté provisoire, le prévenu peut la demander par une requête motivée.

3^o Comme le Juge d'Instruction ordinaire, le Juge d'Instruction militaire peut-il subordonner la mise en liberté provisoire au versement préalable d'un cautionnement ? Le Code de Justice Militaire de 1928, pas plus que celui de 1857, ne donne la solution à cette question.

La lacune du Code de Justice Militaire de 1857 avait été comblée par une addition que la loi du 22 décembre 1917 avait apportée à l'article 105 du dit Code : « Si l'inculpé n'est pas militaire, la mise en liberté provisoire pourra être subordonnée à l'obligation de fournir un cautionnement dans les conditions prévues par les articles 120 et 124 du Code de Justice Civile ».

L'article 260 de la loi du 9 mars 1928 ayant formellement abrogé la loi du 9 juin 1857, cette disposition de la loi du 22 décembre 1917 est devenue caduque ; d'autre part la loi du 9 mars 1928 étant muette sur la question, il en résulte que la faculté pour le Juge d'Instruction militaire de subordonner la mise en liberté provisoire au versement d'un cautionnement est une question qui reste entièrement à résoudre.

Elle a été posée au Tribunal de cassation militaire de Mayence qui, par arrêt du 5 février 1929, a débouté le sujet allemand Karl Goller (1) de l'opposition par lui formée contre l'ordonnance du Juge d'Instruction militaire qui avait refusé sa mise en liberté sous caution ; le Juge d'Ins-

donne mainlevée du mandat précédemment décerné et rend une ordonnance de mise en liberté provisoire.

1. Arrêt analysé et discuté par le Comité consultatif de la justice militaire dans sa séance du 1^{er} mars 1929, procès-verbal des séances et travaux, t. I, 1929-1930, p. 33.

truction a soutenu, argument juridiquement très fort, que le Code de Justice Militaire s'est référé aux dispositions du Code d'Instruction Criminelle, lorsqu'il a voulu rendre celles-ci applicables devant la juridiction militaire; son silence en ce qui concerne la mise en liberté provisoire sous caution, indique qu'il a voulu l'écarter (1).

Ce n'est pas cependant la solution vers laquelle semble incliner le Comité consultatif de la justice militaire. Il semble partager l'avis de M. Flandin (Rapport au Sénat du 26 septembre 1917) : « l'obligation de fournir un cautionnement ne pouvait être imposée aux inculpés militaires en raison du principe fondamental d'égalité interdisant qu'il soit tenu aucun compte des ressources pécuniaires des militaires sous les drapeaux ». D'autre part, les militaires offrent une garantie toute spéciale et extrêmement forte de représentation : en cas de fuite, ils sont passibles de poursuites du chef de désertion. *L'inutilité* du cautionnement, et *l'inégalité* qu'il établirait entre les militaires inculpés, interdit donc au juge de l'exiger des prévenus militaires.

Mais une solution inverse semble devoir s'imposer lorsqu'il s'agit de prévenus civils. « Le Juge d'Instruction est maître d'accorder ou de refuser la mise en liberté provisoire à l'inculpé, suivant que celui-ci lui paraît ou non fournir des garanties suffisantes de représentation... ». Rien ne paraît s'opposer à ce que le Juge d'Instruction militaire, s'il considère l'inculpé comme n'offrant des garanties suffisantes qu'après dépôt d'une caution, subordonne à cette « formalité (*sic*) l'octroi de la mise en liberté provisoire » et le Comité consultatif émet l'avis, qu'en présence des termes généraux du Code de Justice Militaire, « rien ne paraît s'opposer à ce que le Juge d'Instruction militaire, agissant dans la plénitude de sa juridiction et sans qu'il y ait lieu de se référer aux dispositions du Code de Justice Militaire, ne subordonne la mise en liberté provisoire à

1. Opinion confirmée par un arrêt de cassation du 29 avril 1911, « Le Code de Justice Militaire offre des règles qui lui sont propres et qui se suffisent à elles-mêmes, les juges n'ont pas lieu de recourir aux dispositions générales du Code d'Instruction criminelle ».

certaines mesures telles que l'élection de domicile et le versement préalable d'un cautionnement, mesures uniquement destinées à garantir la représentation de l'inculpé aux actes de l'instruction ».

Cette solution doctrinale serait probablement sanctionnée par la juridiction suprême ; mais le serait-elle avec la généralité d'application qu'elle semble permettre d'envisager ? Quelles « certaines mesures » autres que l'élection de domicile et le versement préalable d'un cautionnement peuvent être imposées par le Juge d'Instruction ? L'esprit les conçoit nombreuses, diverses. La Cour suprême ne saurait les admettre : ce serait l'arbitraire complet.

La demande de mise en liberté provisoire formulée devant le juge militaire ne peut faire l'objet d'observations écrites de la part de la partie civile, mais l'ordonnance du Juge d'Instruction militaire peut être frappée d'appel comme celle du Juge d'Instruction ordinaire et dans les mêmes délais de temps, par le Commissaire du Gouvernement et par le prévenu (art. 58). Cette opposition est portée conformément à l'article 58 de la loi du 9 mars 1928, à l'intérieur, devant la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel, aux armées devant les tribunaux militaires de cassation. Ce pouvoir est suspensif. Donc, s'il est formé par le Commissaire du Gouvernement, quand l'inculpé est en état de dépôt ou d'arrêt, celui-ci y est maintenu jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'opposition. En outre, dans tous les cas, l'inculpé est maintenu jusqu'à l'expiration des délais d'opposition.

Le Commissaire du Gouvernement notifie l'ordonnance de mise en liberté provisoire au général commandant la circonscription territoriale dont relève l'inculpé.

Le général commandant la circonscription territoriale ne peut pas, comme le Procureur Général, dans un délai de dix jours, frapper l'ordonnance d'opposition. Il *doit* « faire mettre le prévenu en liberté s'il n'est retenu pour autre cause ».

La faculté d'opposition ne lui est pas accordée, semble-t-il, parce qu'elle semble inutile ; le prévenu étant sous son

autorité disciplinaire, il lui est possible d'en faire assurer la surveillance. D'autre part, l'argument qu'il serait passible de recherches du chef d'absence illégale et de poursuite du chef de désertion conserve toute sa valeur.

CHAPITRE V

Limitation des pouvoirs du Juge d'Instruction par les droits de la défense.

Les obligations du Juge d'Instruction dans la conduite de l'instruction sont nombreuses. Il a pour mission de rechercher les preuves établissant les faits d'une part, la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé d'autre part. On comprend que les droits du juge, pour arriver à ses fins, aient été minutieusement réglés : son désir d'établir la vérité au sujet des faits sur lesquels il a reçu ordre d'informer pourrait l'inciter à trop oublier les *droits de la défense*. La loi a donc dû donner à l'inculpé des garanties.

Ces garanties, en elles-mêmes, seraient insuffisantes si la loi n'avait pas prévu la possibilité pour l'accusé, de s'assurer l'assistance d'un *conseil* qui le guiderait dans la réclamation de ses droits.

Enfin, les abus de pouvoir que pourrait se permettre le juge doivent être sanctionnés ; ils le sont par la *nullité* de l'acte abusif et des actes de procédure postérieurs.

Toute cette construction de la loi, limite les pouvoirs du Juge d'Instruction.

L'étude en sera faite sous les trois titres suivants :

- 1^o Organisation de la défense ;
- 2^o Obligations imposées au juge par la loi ou droits de la défense.
- 3^o La sanction de ces obligations : les nullités.

I

ORGANISATION DE LA DÉFENSE

L'inculpé a le droit de choisir un défenseur pour l'assister pendant l'instruction et le jugement, mais ce choix doit être exercé parmi les avocats inscrits au tableau ou admis au stage ou parmi les avoués. S'il ne sait ou ne veut exercer son choix, le Juge d'Instruction doit lui en faire désigner un d'office si l'inculpé le demande; la désignation est alors faite par le bâtonnier de l'ordre des avocats, s'il existe un conseil de l'ordre, et, dans le cas contraire, par le président du tribunal. Telle est la faculté qu'a donnée à l'inculpé la loi du 8 décembre 1897. Mais c'est une simple faculté à laquelle l'inculpé peut renoncer.

Les conséquences de cette assistance sont les suivantes :

1° L'avocat (choisi ou désigné d'office), peut *communiquer librement* avec l'inculpé (art. 8 de la loi du 8 décembre 1897), aussitôt après la première comparution devant le Juge d'Instruction, si celui-ci maintient l'inculpation.

2° L'inculpé ne peut plus être interrogé ou confronté *qu'en présence de son avocat* ou celui-ci « dûment appelé ». Une circulaire du 10 décembre 1897 a prescrit qu'il fallait pour que l'avocat fût « dûment appelé », lui adresser une lettre recommandée pour lui indiquer, en temps utile, le jour et l'heure de l'interrogatoire ou de la confrontation; annexer au procès-verbal d'interrogatoire le récépissé postal de cette lettre, et mentionner, au même procès-verbal, accomplissement de cette formalité.

3° La procédure (c'est-à-dire le dossier de l'instruction) doit être *mise à la disposition* de l'avocat à la veille de chaque interrogatoire ou confrontation. L'avocat doit également recevoir communication de toutes les ordonnances du juge, tout au moins, de toutes celles ayant un caractère juridictionnel, c'est-à-dire susceptibles du recours,

nommé opposition, devant la Chambre des mises en accusation.

Ainsi disparaît, quand l'inculpé a demandé l'assistance d'un conseil, le caractère secret de la procédure d'instruction, dans une large mesure, et le caractère non contradictoire — mais en partie seulement, — car l'avocat a le droit d'assister aux interrogatoires, et avec la permission du juge que celui-ci peut refuser, il peut prendre la parole. Si le juge refuse la permission, aucun recours n'est possible, le refus est simplement consigné au procès-verbal.

Ces formalités, garantissant l'assistance effective de l'inculpé qui l'a demandée, sont prescrites à peine de nullité. Elles s'imposent au Juge d'Instruction qui ne peut se dispenser de les observer qu'en cas de flagrant délit, et si l'urgence résulte de l'état d'un témoin en danger de mort ou de l'existence d'indices sur le point de disparaître (art. 7 de la loi du 8 décembre 1897). Naturellement l'inculpé qui aurait pu ne pas demander d'assistance, peut, *a fortiori*, renoncer, mais alors il doit le faire expressément, à la présence du Conseil, à un ou plusieurs interrogatoires. Il peut renoncer à l'assistance de son conseil, hors la présence de celui-ci (arrêt de rejet de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 5 janvier 1901).

La *défense de l'inculpé militaire* est organisée suivant des dispositions assez différentes du droit commun, mais assez difficilement conciliables entre elles ; aussi l'on n'est pas d'accord sur ce qu'a voulu imposer et permettre le législateur.

On s'est tout d'abord posé la question suivante : en présence des termes de l'article 46 du nouveau Code de Justice Militaire disposant qu' « à défaut de choix d'un conseil par l'inculpé, il lui en sera désigné un d'office par le bâtonnier de l'ordre des avocats, ou s'il n'existe pas de bâtonnier par le Président du Tribunal Civil », la désignation d'un conseil pour assister l'inculpé au cours de l'instruction est-elle obligatoire et l'inculpé n'a-t-il pas le droit d'y renoncer (1) ?

1. Séance du Comité Consultatif de la Justice Militaire, séance du 8 novembre 1909. P. V. des séances et travaux, t. I, p. 75.

L'on comprend parfaitement devant la clarté des termes de l'article 46, les partisans de la théorie qui soutient qu'à défaut de choix la désignation d'office s'impose à peine de nullité (art. 50 du Code de Justice Militaire). Le législateur, en empruntant pour la rédaction de l'article 46 du Code de Justice Militaire, les termes de l'article 3 de la loi de 1897, moins la réserve « si l'inculpé le demande » a enlevé à l'inculpé la faculté de renoncer à son droit d'être assisté d'un défenseur. C'est une différence de plus avec le droit commun, différence parfaitement compréhensible pour qui-conque a été militaire, et M. le professeur Lévy-Ullmann dans son rapport au Comité consultatif en expose parfaitement la raison : « C'est que dans la législation civile, il n'existe pas de rapport de hiérarchie entre le ministère public qui poursuit et l'inculpé, tandis qu'en droit pénal militaire, l'inculpé se trouvant presque toujours en présence d'un supérieur, il ne peut pas jouir de la liberté morale nécessaire à sa défense. D'où l'obligation de le faire assister par un défenseur sans qu'il puisse y renoncer. »

Cet argument, valant pour justifier la nécessité, — au cours de l'instruction, — d'un défenseur à l'inculpé, afin de suppléer chez lui à l'absence de liberté morale, devrait valoir également pour lui enlever le droit de renonciation que lui accorde l'article 48, § 2 : « l'inculpé, détenu ou libre, ne peut être interrogé ou confronté, à moins de renonciation expresse de sa part, qu'en présence de son conseil... » Cette dernière renonciation serait-elle plus libre ? Notre expérience des parquets militaires nous permet d'affirmer le contraire et nous sommes certains de ne pas être contredit par les Juges d'Instruction Militaires.

Quoi qu'il en soit cette solution offre, en outre, cet avantage, entre deux solutions possibles, d'adopter celle qui est le plus favorable à l'inculpé, celle qui sauvegarde le mieux ses droits.

D'ailleurs, les arguments présentés par les partisans de la théorie adverse ne nous semblent pas irréfutables.

L'argument tiré de l'article 48, § 2 « à moins de renonciation expresse de sa part » est inopérant comme le dit M. le

Professeur Levy Ullmann, parce que ce paragraphe vise le cas spécial d'un interrogatoire ou d'une confrontation. Cette renonciation est assimilable à celle qui est permise à l'inculpé civil qui a fait connaître son défenseur, et qui peut renoncer à la présence de celui-ci (art. 9, § 2 de la loi du 8 décembre 1897 modifiée par la loi du 22 mars 1921). Certains actes de procédure ont moins d'importance ; l'inculpé militaire qui sait le secours qu'il peut attendre de son défenseur, peut être autorisé à renoncer à la présence de celui-ci s'il la juge inutile.

L'argument tiré de l'article 63, § 3 ne nous semble pas davantage irréfutable « Lorsque celui-ci (l'inculpé) n'a pas eu de défenseur au cours de l'instruction » y est-il dit. Et l'on en conclut, c'est donc qu'il peut arriver que l'inculpé n'ait pas de défenseur ; donc la réserve que l'on voudrait trouver dans l'article 46 « s'il le demande », a été, dit-on, omise par inadvertance du législateur. Et cet argument est d'autant plus fort qu'une omission peut plus facilement être due à l'inadvertance qu'une disposition expressément énoncée comme l'est celle de l'article 63, § 3.

Mais on peut répondre que de l'inadvertance du rédacteur de la loi on ne peut tirer qu'une explication.

Ne pourrait-on pas admettre que dans le titre I de la loi intitulé : « du jugement des infractions commises par les militaires ou assimilés eu temps de paix », le législateur a voulu parfois prendre des dispositions générales s'appliquant même en temps de guerre ? Cette opinion est corroborée par les références au titre I, que nous trouvons dans le titre II : c'est l'article 130 renvoyant aux dispositions des articles 18-19-20 et 21 ; l'article 131 renvoyant à l'article 22 ; l'article 137 renvoyant aux articles 119 et 138, l'article 140 renvoyant à l'article 100, etc... Alors la circonstance où l'inculpé n'a pas de défenseur au cours de l'instruction se trouve précisément dans l'article 175 : « le défenseur lui est alors désigné d'office avant la citation ». L'instruction est donc faite sans l'assistance d'un défenseur.

D'autre part, même en temps de paix, n'existe-t-il pas des cas où l'instruction sera inexistante, et où par conséquent,

l'inculpé n'aura pas de défenseur désigné ; l'on peut supposer un inculpé, par ses aveux au cours de l'interrogatoire d'identité, reconnaissant tous les faits qui lui sont reprochés (1).

Et dans le cas de flagrant délit, alors que le Juge d'Instruction a des pouvoirs de police judiciaire, l'information peut être complète même avant que l'ordre d'informer ne soit décerné, avant donc que l'instruction proprement dite ne soit ouverte.

La conclusion du Comité Consultatif de la Justice Militaire nous semble adopter :

1^o La désignation d'un Conseil pour assister l'inculpé au cours de l'instruction est obligatoire ;

2^o La renonciation à l'assistance d'un défenseur peut toujours avoir lieu pour un acte de procédure déterminé.

Si l'on admet cette manière de voir, et c'est celle adoptée dans la pratique, le Juge d'Instruction militaire se trouve toujours dans la situation du Juge d'Instruction civil en face d'un prévenu pourvu d'un conseil.

* * *

Une autre question s'est posée : dans quelle mesure le Conseil choisi parmi les militaires peut-il assister aux actes d'instruction ?

En effet, l'article 46 alinéa 3 reconnaît à l'inculpé la faculté « de choisir ou de demander qu'il soit désigné, pour l'audience, un conseil choisi parmi les militaires ».

D'autre part, l'article 48 alinéa 2 dispose en le dégageant de tout ce qui n'intéresse pas la question : « l'inculpé... ne peut être interrogé ou confronté... qu'en présence de son conseil... sous la réserve que le conseil choisi ou désigné

1. Cette situation doit se présenter d'autant plus que le dossier provenant de la police judiciaire établira plus complètement les faits et que le Juge d'Instruction peut se dispenser d'entendre les témoins qui auront déjà déposé (Art. 54 du C. de J. M.).

devra, *à moins qu'il ne soit militaire*, pour assister aux interrogatoires, être avocat... » On en déduit que le militaire désigné ou choisi comme conseil peut, sans condition, assister aux interrogatoires ou confrontations.

Sous l'empire de l'ancien Code de Justice Militaire le prévenu pouvait faire choix d'un conseil pris parmi les avocats et qui était seul admis aux actes de l'instruction et d'un défenseur à l'audience pris parmi les militaires, les avocats et les avoués (art. 110 de la loi de 1857 modifié par la loi du 13 mai 1918).

L'article 48 alinéa 2 a-t-il entendu modifier cette situation en employant l'expression « *à moins qu'il ne soit militaire* » ?

Non, répond le Comité consultatif de la Justice militaire « le Conseil choisi parmi les militaires ne peut assister l'inculpé qu'à l'audience ». Et il tire argument à l'appui de sa thèse, de la rédaction défectueuse de l'article 48 comportant réserves sur réserves. D'ailleurs, ajoute-t-il en substance, le prévenu n'y gagnerait rien : les rapports hiérarchiques existant entre défenseur militaire et juge d'instruction militaire, pourraient paralyser la libre action du défenseur militaire dans le cabinet du Juge d'Instruction militaire ; la même contrainte ne s'exerce pas à l'audience.

Ces raisons ne nous paraissent pas décisives ; la mauvaise rédaction de l'article 48 où s'accumulent des réserves, ne saurait autoriser à repousser une de ces réserves en la déclarant sans effet. On le saurait d'autant moins que la réserve en question n'a pas été ajoutée au courant de la plume du rédacteur. Elle ne figure pas, en effet, dans la première rédaction du rapport déposé au nom de la commission de législation du Sénat par M. Poulle, le 27 janvier 1925 (Sénat, année 1925, session ordinaire n° 18). Elle fut introduite, (sans commentaire d'ailleurs comme toutes les autres modifications apportées au premier rapport), dans le rapport fait au nom de la même commission de législation du Sénat par M. Poulle encore, le 4 mars 1926 (texte rectifié). Il semble difficile devant cette circonstance de la déclarer sans effet,

D'autre part, l'argument tiré de la « paralysie » de la libre action du défenseur militaire dans le cabinet du Juge d'Instruction, vaut pour un défenseur, avocat désigné pour l'instruction, d'autant que dans la pratique, les avocats désignés d'office sont des stagiaires, par conséquent, dans la majorité des cas, jeunes, inexpérimentés, sans assurance.

Elle ne saurait valoir pour interdire l'accès de l'instruction au défenseur militaire.

La confrontation de l'inculpé avec un témoin militaire, par exemple, ne peut-elle pas être mieux comprise par un défenseur militaire, un officier par exemple, professionnellement connaissant mieux la psychologie du soldat ? Il pourra trouver dans cette confrontation des arguments favorables au prévenu qui lui apparaîtraient moins facilement à la simple lecture du procès-verbal de confrontation.

Aussi semble-t-il qu'on doive conclure à la pleine valeur de la réserve de l'article 48 et au droit du défenseur militaire à assister aux interrogatoires et confrontations. Cette interprétation offre l'avantage de donner un sens à une disposition *intentionnellement* introduite dans un texte qui a obtenu la sanction législative. Elle offre, en outre, l'avantage d'accroître les garanties de l'inculpé, en augmentant les moyens d'action de la défense.

L'organisation de la défense devant les tribunaux militaires se présente ainsi avec les caractères suivants :

1° La défense est *obligatoire* : si l'inculpé ne fait aucune demande, elle est assurée à l'instruction et à l'audience par un avocat inscrit, etc ;

2° Si l'inculpé désire l'assistance d'un militaire, la défense repose sur deux têtes : à l'instruction, sous la direction de l'avocat désigné d'office ; à l'audience, sous la direction du militaire défenseur.

Pendant l'instruction, les formalités de « due convocation » sont faites à l'adresse de l'avocat. Il peut assister aux interrogatoires et confrontations, il peut y déléguer le défenseur militaire sans que le Juge d'Instruction puisse inter-

dire à ce dernier l'entrée de son cabinet et avec tous les pouvoirs qu'il posséderait lui-même (1).

A l'audience, l'avocat choisi ou désigné peut prendre la parole. Le défenseur militaire, quand l'inculpé a désiré l'assistance d'un militaire, doit prendre la parole.

Dans le premier cas, l'organisation de la défense devant les tribunaux militaires correspond à celle de la défense devant les tribunaux ordinaires quand l'inculpé est défendu par un seul avocat.

Dans le deuxième cas, elle rappelle la défense devant les tribunaux de droit commun quand l'inculpé est défendu par deux avocats.

§ II

LES DROITS DE LA DÉFENSE PENDANT L'INSTRUCTION.

Jusqu'à la fin du xix^e siècle, l'inculpé ne bénéficiait pas de garanties réelles contre les exagérations de zèle du Juge d'Instruction. La procédure était secrète ; le Juge d'Instruction pouvait renoncer à l'interrogatoire aussi souvent et aussi longtemps qu'il le jugeait nécessaire : l'inculpé avait à répondre aux questions qui lui étaient posées, sans que la contradiction lui soit offerte.

Certes les abus commis par les magistrats instructeurs étaient rares, et étaient toujours sanctionnés lorsqu'ils étaient connus. Cependant un mouvement d'opinion s'intensifia contre les caractères secret et non contradictoire de la procédure d'instruction ; il était inspiré par les tendances individualistes et libérales inconciliables avec une procédure ainsi organisée. La campagne aboutit partielle-

1. La défense cependant ne saurait exiger la présence simultanée de l'avocat et du défenseur militaire, car il a été jugé que « l'inculpé n'a pas le droit d'exiger l'assistance de plusieurs avocats aux interrogatoires et confrontations devant le Juge d'Instruction ; la présence d'un conseil unique suffit », Commission d'instruction près la Haute Cour de justice, 12 octobre 1899. D. P. 1904. 2. 345 et la note de M. Sarrut

Cependant cette jurisprudence pourrait peut-être être modifiée en raison de l'organisation nouvelle de la défense résultant du Code de Justice Militaire du 9 mars 1928.

ment : une première étape est marquée par la loi du 8 décembre 1897, qui accorda à l'inculpé, soumis au pouvoir du Juge d'Instruction, des garanties dont la principale consistait en l'assistance d'un défenseur à l'instruction car elle rendait effectives toutes les autres.

Une première garantie résulte du délai dans lequel le Juge d'Instruction doit obligatoirement procéder au premier interrogatoire et dans les formalités imposées au juge lors de ce premier interrogatoire, formalités tendant à renseigner l'inculpé sur ses droits.

Le juge doit interroger l'inculpé qui répond à un *mandat de comparution* à la date et à l'heure qu'il a lui-même fixées ; il a dû se rendre libre pour ce moment-là.

La loi lui donne vingt-quatre heures pour procéder au premier interrogatoire de l'inculpé, objet d'un *mandat d'amener*. En attendant, l'inculpé est écroué à la maison d'arrêt et toute une procédure est organisée (art. 93 du Code d'Instruction Criminelle, modifié par la loi du 8 décembre 1897) pour assurer cet interrogatoire, procédure que doit mettre en mouvement le gardien-chef de la maison d'arrêt, passible en cas de négligence ou de retard, des peines prévues par l'article 120 du Code pénal.

Un individu peut encore être conduit devant le Juge d'Instruction en vertu d'un mandat d'arrêt ; la loi du 8 décembre 1897 n'a pas envisagé cette situation. Donc, ne sont pas applicables l'obligation de l'interrogatoire dans les vingt-quatre heures, et les pénalités qui la sanctionnent.

L'article 45 du Code de Justice Militaire fait au Juge d'Instruction militaire des obligations plus étendues à la fois et plus souples. D'une part, « l'inculpé qui a été l'objet d'un mandat d'amener, de dépôt ou d'arrêt, doit être interrogé par le Juge d'Instruction militaire, au plus tard dans les vingt-quatre heures qui suivent son entrée dans la prison militaire, où siège le tribunal ». L'obligation s'étend donc même au cas de mandat d'arrêt. A l'opposé, l'obligation qui pèse sur le Juge d'Instruction, en quelque cas que

ce soit, est sans sanction : la procédure de l'article 93 modifié n'est pas applicable.

Le législateur a agi sagement en généralisant l'obligation de procéder à l'interrogatoire de première comparution dans un délai imparti. Dans ce délai le Juge d'Instruction doit s'assurer de l'identité de l'inculpé ; il est nécessaire et urgent de s'assurer qu'il n'y a pas eu erreur, confusion de personne. Tel est le premier objet de cet interrogatoire appelé pour cela interrogatoire d'identité.

Le juge indique ensuite à l'inculpé l'objet de l'inculpation et lui demande s'il veut faire, à ce sujet, des *déclarations*, tout en l'avertissant qu'il est libre de ne pas en faire. Mention de cet avertissement doit être consignée au procès-verbal. La loi n'a pas dit que ce premier avertissement et sa mention au procès-verbal soient prescrits à peine de nullité.

L'inculpé peut faire sur le champ des déclarations de nature à faire abandonner l'inculpation : dans ce cas le juge ne délivrera pas de mandat de dépôt. S'il se sent coupable, il a intérêt à ne rien dire avant d'avoir consulté son conseil ; cette possibilité doit lui être accordée : le juge doit l'avertir de son droit sur ce point.

Le juge doit, en outre, lors de ce premier interrogatoire, le prévenir de son droit relativement au choix d'un défenseur (l'étendue de ce droit et les conséquences qui en résultent pour la procédure ont été étudiées dans le paragraphe du présent chapitre), mention est faite de l'exécution de cette obligation au procès-verbal.

Les trois mêmes obligations sont imposées au Juge d'Instruction militaire dans l'article 46, alinéas 1 et 2 du Code de Justice Militaire, et l'inexécution des prescriptions relatives à l'organisation de la défense est également sanctionnée de la nullité (art. 50 du C. de J. M.).

La présence du Conseil (ou celui-ci dûment appelé), est obligatoire pour les interrogatoires ou confrontations de l'inculpé et de la partie civile ayant un défenseur choisi ou désigné, sauf renonciation expresse de l'inculpé (1).

1. La renonciation expresse doit être mentionnée en tête du procès-verbal.

La procédure doit être mise à la disposition des conseils la veille de chacun des interrogatoires que l'accusé doit subir et des auditions de la partie civile vingt-quatre heures à l'avance. L'exécution de cette formalité et de la précédente est constatée par une inscription au procès-verbal et par le récépissé de recommandation joint au même procès-verbal.

Il doit leur être (aux conseils) immédiatement donné connaissance de toute ordonnance du juge par l'intermédiaire du greffier.

Ces trois nouvelles obligations du Juge d'Instruction qui lui sont imposées pour assurer à l'inculpé l'assistance efficace de son conseil, sont prescrites à peine de nullité. L'inobservation de ces prescriptions constitue trois nouveaux cas de nullité de l'acte et de la procédure ultérieure.

Enfin, pour permettre l'intervention efficace du défenseur dans la procédure d'instruction, celui-ci assistant aux interrogatoires ou confrontations peut y prendre la parole mais après y avoir été autorisé par le magistrat. En cas de refus, mention de l'incident est faite au procès-verbal, l'omission de ce refus constitue un cinquième cas de nullité prévu par la loi.

Les mêmes obligations sont imposées au Juge d'Instruction militaire. L'inculpé militaire a donc exactement les mêmes droits que l'inculpé civil devant les tribunaux ordinaires (voir art. 48, al. 2 et 3 (1), art. 49, al. 1 et 2 du Code de J. M.).

Il existe des cas où le Juge d'Instruction peut interroger l'inculpé *hors la présence du défenseur*, et avant même que la défense ne soit constituée (2).

Le Juge d'Instruction peut procéder à un interrogatoire immédiat et à des confrontations si l'urgence résulte soit de l'état d'un témoin en danger de mort, soit de l'existence d'indices sur le point de disparaître, ou encore, s'il s'est transporté sur les lieux en cas de flagrant délit. Ces trois

1. Rectifié par la loi du 4 mars 1932.

2. Le cas visé par le texte de la loi est celui où la défense n'est pas encore constituée ; mais le texte de l'article 7 s'applique également au cours de l'information si les circonstances d'urgence le permettent.

hypothèses limitativement précisées, sont les trois seules où l'interrogatoire soit possible, hors la présence du défendeur, sauf renonciation expresse du prévenu. Il n'y a pas d'extension possible, c'est un principe général que les textes apportant une dérogation à un principe général sont d'interprétation étroite. De plus, il résulte des travaux préparatoires de la loi du 8 décembre 1897, que le législateur a voulu donner à ce texte cette signification (1).

Le juge devra donc mentionner au procès-verbal celle des trois circonstances prévues au texte de la loi, qui légitime l'interrogatoire ou la confrontation hors la présence du défenseur : il devra préciser le fait spécial auquel il en est fait application.

Dans les mêmes circonstances le Juge d'Instruction militaire peut-il interroger hors la présence du défenseur ? La loi du 9 mars 1928 le dit expressément (art. 47) et reproduit exactement les termes de la loi de 1897. En temps de guerre, outre les cas d'urgence, la loi (art. 175) prévoit le cas où la situation militaire ne permet pas la convocation du défenseur. Que faut-il entendre par le « cas d'urgence » de l'article 175 de la loi du 9 mars 1928 ? Il semble que l'on doive donner à cette expression, un sens plus général que celui du droit commun.

Et les pouvoirs du Juge d'Instruction militaire vis-à-vis de l'inculpé apparaissent ainsi comparables à ceux du Juge d'Instruction ordinaire. Sur le territoire national, l'inculpé a toujours un défenseur qui doit assister aux interrogatoires et confrontations. Aux armées, à défaut de défenseur choisi par l'inculpé, la défense est organisée obligatoirement seulement avant la citation. Et si un défenseur a été choisi, les cas où légalement le Juge d'Instruction peut se passer de le convoquer sont moins étroitement délimités qu'ils ne le sont par la loi de 1897.

Le Juge d'Instruction ordinaire peut essayer d'établir les faits par la preuve testimoniale. Ses pouvoirs sur ce point

1. Dans sa séance du 18 mai 1897, le Sénat a rejeté un amendement de M. Denole ainsi conçu : « S'il existe des motifs d'urgence dûment constatés »

sont relatifs au choix des témoins, au moyen d'obtenir leur témoignage, et aux règles qu'il doit observer pour recueillir ce témoignage.

Le *choix des témoins* est laissé au pouvoir discrétionnaire du Juge d'Instruction ; il conduit son instruction comme il l'entend : « Le Juge d'Instruction fera citer devant lui les personnes qui auront été indiquées par la dénonciation, par la plainte, par le Procureur du Roi ou autrement, comme ayant connaissance soit du crime ou délit, soit de ses circonstances ». Il peut faire citer quiconque est de nature à éclairer sa conscience sur le fait délictueux dont il est saisi, il peut également, même sans commission rogatoire, faire déposer certains témoins par des agents de police judiciaire (Chambre criminelle de la Cour de cassation, rejet du 2 août 1913. B. P. 1918.1.20). Il en résulte qu'il peut se contenter d'un procès-verbal, établi avant l'instruction, sans être obligé d'entendre lui-même le témoin.

Quand il a décidé d'entendre lui-même un témoin, il dispose de moyens puissants pour *obtenir son témoignage*. Il peut obliger toute personne à comparaître devant lui, même par la contrainte par corps, mais seulement si elle n'a pas satisfait à une citation. Le Juge d'Instruction doit alors demander les conclusions du Procureur de la République et sans autre formalité ni délai, ni appel, prononcer une amende qui ne dépassera pas 100 fr., puis ordonner que la personne citée sera contrainte par corps (art. 80 du C. de J. C.) (1).

Pour obliger le témoin à dire ce qu'il sait, il le questionnera sur ce qu'il sait après lui avoir fait prêter *serment* de dire la vérité, toute la vérité. Le refus de répondre, quand il est établi que le témoin savait ce qu'on lui demande (il a dénoncé publiquement un crime ou un délit et déclaré publiquement qu'il en connaissait les auteurs et les com-

1. Le témoin ainsi condamné à l'amende sur le premier défaut, et qui sur la seconde citation produira devant le Juge d'Instruction des excuses légitimes, pourra, sur les conclusions du Procureur de la République, être déchargé de l'amende (article 81 du Code de procédure civile).

plices) est puni de l'amende et de la prison ou de l'une des deux peines seulement (loi du 1^{er} juillet 1919).

Dans l'audition des témoins, le Juge d'Instruction ordinaire est obligé de respecter certaines règles de forme précisées par les articles 73, 74, 75, 76, 78, 79, 82, 83, 85 du Code d'instruction civile qui s'imposent aussi au Juge d'Instruction Militaire, et qui sont expressément désignées dans l'article 52 du Code de Justice militaire. Les pouvoirs des Juges d'Instruction sur ces points, qu'ils soient civil ou militaire, sont donc absolument les mêmes.

En ce qui concerne le choix des témoins, le Juge d'Instruction militaire dispose des mêmes pouvoirs que le juge civil. Il peut citer toute personne qu'il estime susceptible de l'éclairer. Il peut se dispenser de recevoir les dépositions des témoins dont les témoignages ont été régulièrement recueillis. Ceci résulte, pour le Juge d'Instruction militaire d'une disposition expresse de la loi du 9 mars 1928 (art. 54) et résulte, pour le Juge d'Instruction ordinaire de la jurisprudence.

En ce qui concerne les moyens de contrainte pour obliger un témoin à satisfaire à la citation, les pouvoirs du Juge d'Instruction militaire s'exercent dans les mêmes conditions, c'est-à-dire « sur les réquisitions du commissaire du gouvernement sans autre formalité ni délai », et il dispose de la même sanction, 100 francs d'amende, et des mêmes moyens de contrainte par corps.

De même, le Juge d'Instruction militaire doit, comme le juge ordinaire, exiger du témoin le serment de dire la vérité, et dans le cas prévu par la loi du 1^{er} juillet 1919, celui-ci encourrait l'amende et la prison ou l'une de ces deux peines seulement.

Sur ces divers points, les pouvoirs du Juge d'Instruction militaire sont identiquement les mêmes que ceux dont dispose le Juge d'Instruction ordinaire.

Le Juge d'Instruction militaire, comme le Juge d'Instruction ordinaire, peut adresser des *commissions rogatoires* lorsqu'il faut procéder, hors du lieu où se poursuit l'information, à des actes d'instruction. Tous deux le doivent

même, quand il s'agit de procéder à telles opérations hors des limites de leur compétence territoriale.

Quand il s'agit de recueillir un témoignage, le Juge d'Instruction a toujours la faculté de faire citer le témoin. Mais ceci entraîne des frais de déplacement qui peuvent être réduits ou même évités en faisant interroger le témoin par commission rogatoire.

Le Juge d'Instruction ordinaire convoque à son cabinet les personnes dont il veut le témoignage et qui habitent son canton. Il peut, dans la limite de son arrondissement, circonscription territoriale où s'étend sa juridiction, commettre les Juges de paix des cantons de sa circonscription. Pour les autres arrondissements, il doit envoyer une commission rogatoire au Juge d'Instruction qualifié, lequel d'ailleurs, peut subdéléguer à son tour un Juge de paix.

La pratique avait même fait admettre une extension de cette faculté : on admettait que tous les officiers de police judiciaire en particulier et surtout les Commissaires de Police pouvaient recevoir des délégations judiciaires.

Le nouvel article 90 du Code d'Instruction Criminelle modifié par la loi du 7 février 1933, a limité et consacré cette pratique (1). Les Juges de Paix mis à part, ils sont eux-mêmes magistrats, les officiers de police judiciaire ne peuvent recevoir du Juge d'Instruction commission rogatoire que pour exécuter des ordres de saisie ou des opérations rentrant dans les attributions de chacun d'eux.

Tous les actes d'instruction peuvent en principe faire l'objet d'une commission rogatoire ; mais alors, seuls peuvent être commis pour son exécution, sauf s'il s'agit d'actes ou opérations entrant dans les attributions des officiers de police judiciaire, des magistrats : Juges de Paix ou Juges d'Instruction. Le Juge d'Instruction ou l'officier de police judiciaire commis, exerce, dans les limites de la commission rogatoire, tous les pouvoirs du Juge d'Instruction.

Cette même faculté de délivrer des commissions roga-

1. Certains juges d'instruction avaient abusé de cette pratique : ils en étaient arrivés à faire faire toute l'instruction d'affaires à eux confiées, par des commissaires de police.

toires est accordée aux Juges d'Instruction militaire. Devant l'étendue de leur circonscription (plusieurs régions territoriales) cette mesure s'imposait encore plus, en raison de l'économie plus importante à réaliser sur les déplacements.

Le Juge d'Instruction militaire peut adresser des commissions rogatoires tant pour obtenir l'audition d'un témoin qu'il ne veut pas déplacer, que pour faire procéder à des saisies et réquisitions. Plus que le Juge d'Instruction du droit commun, il sera dans l'obligation de se déplacer, ayant une circonscription territoriale plus étendue, et plus souvent il se déplacera personnellement, ayant généralement moins d'affaires en cours d'instruction.

Il pourra, comme le juge civil, envoyer des commissions rogatoires aux officiers de police judiciaire ordinaires par *l'intermédiaire des Juges d'Instruction du droit commun*. Il pourra également adresser des commissions rogatoires aux officiers de police judiciaire militaire, comme le pourrait le Juge d'Instruction du droit commun. En dehors du territoire sur lequel s'étend sa compétence, il doit, s'adressant à des officiers de police judiciaire militaire, les commettre par l'intermédiaire du Juge d'Instruction ayant la compétence locale. A ces deux points de vue, les pouvoirs du Juge d'Instruction militaire et ceux du Juge d'Instruction ordinaire sont donc semblables (1).

Un point reste douteux ; l'article 90 du Code d'Instruction criminelle a rendu légale la pratique des commissions roga-

1. La loi du 7 février 1933 a modifié les dispositions des articles 37, 38 et 39 relatives aux saisies, et celles des articles 87, 88, 89 et 90 du même Code relatives aux visites domiciliaires, perquisitions et saisies. Les dispositions du premier groupe sont visées dans l'article 27 du Code de Justice militaire et s'appliquent désormais avec les modifications récentes à la police judiciaire militaire. Les dispositions du deuxième groupe sont visées sous l'expression générale employée dans l'article 52 du Code de Justice militaire : « toutes les dispositions du Code d'Instruction Criminelle qui ne sont pas contraires à la présente loi ». Elles sont donc obligatoires également et dans cette limite pour le Juge d'Instruction militaire. Le Ministre de la Guerre, dans sa circulaire du 2 mars 1933 (*B. O.*, n° 12 du 20 mars 1883, p. 545), a rappelé que les dispositions nouvelles résultant des articles nouveaux, et il a reproduit ces articles, devaient être appliquées par les officiers de police judiciaire et les Juges d'Instruction militaire.

toires adressées aux officiers de police judiciaire, mais en même temps, a limité aux saisies et aux missions rentrant dans leurs attributions (par conséquent les perquisitions et les auditions de témoins exclues) celles qui pourraient être adressées à ceux des officiers de police judiciaire qui ne sont pas juges de paix. Or cet article 90 n'est pas expressément visé dans l'article 52 du Code de Justice militaire. Il ne serait donc applicable, suivant l'expression générale de l'article 52, comme disposition du Code d'Instruction criminelle, qu'autant qu'il ne serait pas contraire à la loi du 9 mars 1928.

Or précisément la loi du 9 mars 1928 règle spécialement la matière des commissions rogatoires délivrées par le Juge d'Instruction militaire. Le droit lui est donné de requérir par commission rogatoire, les officiers de police judiciaire, sans exception, de procéder à tout acte d'instruction, « sous réserve des droits plus étendus qui peuvent lui être accordés par la législation existante ». Dès lors, on peut se demander si ces dispositions permettent toujours aux Juges d'Instruction militaires de commettre rogatoirement tous les officiers de police judiciaire, militaire ou ordinaire, pour procéder aux actes d'information, visites domiciliaires et perquisitions, malgré les dispositions restrictives du nouvel article 90 du Code d'Instruction criminelle. Il semble qu'il faille répondre affirmativement, à s'en tenir aux termes mêmes de la loi du 9 mars 1928. Et c'est bien la solution que semble adopter le ministre, en ne citant pas et en ne reproduisant pas, dans sa circulaire du 2 mars 1933, l'article 90 modifié, alors qu'il l'a fait pour les articles 37, 38 et 39 et 87, 88 et 89.

Cependant cette solution nous semble contestable. Elle est certainement contraire au désir manifesté par le législateur, le 7 février 1933. Et il nous semble préférable d'admettre que la disposition de l'article 52 de la loi du 9 mars 1928 avait consacré une extension de la pratique et que cette extension a été condamnée le 7 février 1933.

Au surplus on ne voit pas ce qui justifierait qu'un officier de gendarmerie puisse, comme officier de police judiciaire,

procéder sur Commission rogatoire d'un Juge d'Instruction militaire à des opérations pour lesquelles le Juge d'Instruction ordinaire ne pourrait lui délivrer de commission rogatoire.

Le Juge d'Instruction militaire, peut, s'il le juge préférable, procéder lui-même personnellement à toutes les opérations de police judiciaire. Il possède alors les mêmes pouvoirs que le Juge d'Instruction ordinaire et doit observer les règles qui s'imposent à tous les officiers de police judiciaire. Un seul point mérite quelques précisions. Les autorités militaires et maritimes ont chacune la responsabilité de la police dans leurs établissements et locaux respectifs : ces lieux constituent, dans la circonscription territoriale, des ilots où l'autorité judiciaire ne dispose pas de ses pouvoirs habituels de police. D'où nécessité de déterminer, relativement à ces divers lieux, les pouvoirs respectifs dont disposent les Juges d'Instruction ordinaire, militaire et maritime.

Le juge ordinaire adresse des réquisitions à l'autorité militaire (art. 32, J. M.) lorsqu'il y a lieu de constater une infraction de la compétence des tribunaux ordinaires dans un établissement militaire, ou d'y arrêter un individu justiciable de ces tribunaux. L'autorité militaire est tenue de différer à ces réquisitions et, dans le cas de conflit, de s'assurer de la personne de l'inculpé.

Le juge militaire est-il appelé à procéder à des investigations et saisies, il peut, comme le juge civil, enquêter librement sur les voies publiques, mais s'il est dans l'obligation de faire des constatations dans des maisons particulières, propriétés privées, relativement à un crime ou un délit de de la compétence des tribunaux militaires, il doit adresser à l'autorité judiciaire des *réquisitions* tendant à obtenir l'entrée de ces maisons ou propriétés privées. L'autorité judiciaire est également tenue de déférer à ces réquisitions, de se faire représenter aux opérations et dans le cas de conflit, de s'assurer de la personne de l'inculpé. S'il s'agit d'un établissement maritime, la réquisition est adressée à l'autorité maritime.

Ces règles semblent établir que les juridictions militaires de même que les civiles ont une *compétence territoriale* limitée aux établissements militaires. Elles confirment les dispositions du dernier paragraphe de l'article 2 : « Continueront à être jugées par les juridictions militaires, les infractions de toute nature commises dans les casernes, quartiers, établissements militaires. »

En résumé, le Juge d'Instruction militaire dispose des mêmes moyens que le juge civil pour se faire une conviction personnelle. La loi n'a limité son initiative par aucune réglementation; le choix des moyens à employer pour arriver à la connaissance de la vérité est laissé à son initiative et à sa conscience.

Les règles imposées par la loi ont pour unique but de prévenir les erreurs les plus grossières et d'en réduire, autant que possible, les effets. Elles assurent également le respect de la liberté individuelle autant que faire se peut; les violations jugées nécessaires sont toujours possibles mais doivent être faites en y mettant des formes.

Transports sur les lieux, perquisitions, saisies, tout lui est permis, qui permet au juge de former sa conviction par la connaissance personnelle et qui lui fournit, en même temps, l'occasion de recevoir des déclarations, de recevoir des écrits ou des pièces à conviction qui fortifieront la preuve même par simple présomption de la culpabilité ou de l'innocence des personnes poursuivies.

§ III

LA SANCTION DES DROITS DE LA DÉFENSE.

La loi du 9 mars 1928, reproduisant les dispositions de la loi du 8 décembre 1897, exige du Juge d'Instruction l'accomplissement des formalités qui constituent des garanties pour l'inculpé. La non observation de ces formalités entraîne la nullité de l'acte irrégulier et de la procédure qui a suivi. Voyons d'abord quelles irrégularités entraînent

la nullité. Nous verrons ensuite quels sont les effets de cette nullité.

1° *Les nullités.*

Les nullités énoncées dans la loi sont nombreuses. Nous avons déjà noté au passage, à propos des formalités imposées au Juge d'Instruction pendant l'instruction préparatoire, celles qui sont ordonnées à peine de nullité. La jurisprudence en a reconnu d'autres non expressément énoncées dans la loi. Enfin en dehors de l'instruction préparatoire d'autres nullités encore peuvent résulter du fait du Juge d'Instruction.

L'article 50 du Code de Justice Militaire, reprenant l'énumération de l'article 12 de la loi du 8 décembre 1897, exige à peine de nullité le respect pendant l'instruction préparatoire des « dispositions prescrites par les articles 46 alinéa 2, 48 alinéa 2, 49 alinéas 1 et 2 ».

Les dispositions de l'article 46 alinéa 2 sont relatives à l'interrogatoire de *première comparution*. En voici le texte :

« Mention de cet avertissement (1) est consignée au procès-verbal. Le Juge d'Instruction militaire donne avis à l'inculpé de son droit de choisir un conseil parmi les avocats inscrits au tableau ou admis au stage. A défaut de choix de sa part il lui en fait désigner un d'office par le bâtonnier de l'ordre ou s'il n'existe pas de bâtonnier, par le Président du Tribunal civil. »

Les dispositions correspondantes du droit commun (loi du 8 décembre 1897) résultent, en ce qui concerne les formalités de l'interrogatoire de *première comparution*, de l'article 3 § 1 de la loi du 8 décembre 1897 ainsi libellé : « lors de cette première comparution, le magistrat constate l'identité de l'inculpé, lui fait connaître les faits qui lui sont imputés et reçoit ses déclarations après l'avoir averti qu'il est libre de ne pas en faire. Mention de cet avertissement est faite au procès-verbal ». L'inexécution de ces prescriptions n'est pas frappée de nullité par la loi.

1. Il s'agit de l'avertissement que le Juge d'Instruction doit donner à l'inculpé qu'il est libre de ne pas faire de déclaration.

Ainsi d'après les lois du 9 mars 1928 et du 8 décembre 1897, les Juges d'Instruction civil et militaire doivent, lors de sa première comparution, donner avis à l'inculpé qu'il est libre de ne pas faire de déclaration, mais, tandis que le premier n'encourt pas la nullité de son acte s'il ne fait pas mention de cet avertissement au procès-verbal, le second l'encourt (1).

Cette différence ne s'explique pas et l'on peut considérer que la loi du 9 mars 1928 apporte la consécration législative d'une interprétation jurisprudentielle de la loi du 8 décembre 1897. Dès le 7 avril 1898 (Paris, 7 avril 1898, *D. P.* 98.2.209) la Cour de Paris décidait que : « même au cas où, dès sa première comparution, l'inculpé est assisté d'un défenseur, le Juge d'Instruction est tenu à peine de nullité de l'interrogatoire et de toute la procédure ultérieure d'avertir l'inculpé, lors de sa première comparution, qu'il est libre de ne pas faire de déclaration ».

Ainsi par cette jurisprudence la sanction de la même nullité frappe l'inobservation de cette prescription de l'instruction préparatoire tant devant les tribunaux ordinaires que devant les tribunaux militaires. Un autre arrêt (Rouen 26 juil. 1912, *D. P.* 1916.2.113) nous donne la raison d'être de cette prescription de la loi et la nécessité d'en frapper l'inexécution de nullité. « L'inculpé doit être averti qu'il est libre de ne pas faire de déclaration toutes les fois que mis pour la première fois en présence du juge, *les garanties de l'instruction préparatoire ne peuvent encore recevoir leur exécution.* »

Quant aux prescriptions relatives à la défense, elles sont les mêmes dans la loi du 9 mars 1928 et celle du 8 décembre

1. Le Juge d'Instruction fait connaître à l'inculpé les faits qui lui sont imputés. Cette obligation n'est sanctionnée par la loi d'aucune nullité en termes exprès. Et il a été décidé (Rouen 26 juill. 1912, *D. P.* 1916.2.113) qu'il n'y a pas violation des droits substantiels de la défense dans le seul fait que l'inculpé n'aurait pas dès sa première comparution reçu tous les éclaircissements désirables, si cette comparution a été suivie d'une longue procédure au cours de laquelle, assisté de son conseil, il a pu fournir soit spontanément, soit en réponse aux questions posées, toutes les explications qu'il a jugées utiles sur les faits délictueux relevés à sa charge.

1897. La loi du 8 décembre 1897 s'exprime ainsi : « si l'inculpation est maintenue, le magistrat *donnera avis* à l'inculpé de son droit de choisir un conseil parmi les avocats inscrits... La désignation sera faite..., mention de cette formalité sera faite au procès-verbal.

Dans la loi militaire, comme dans la loi du 8 décembre 1897, le Juge d'Instruction *doit donner avis* de ses droits à l'inculpé. La désignation du conseil est réglé dans les deux textes (désignation d'ailleurs différente, la défense n'étant pas organisée de la même façon devant les deux sortes de tribunaux) mais la loi du 8 décembre 1897 prescrit également, ce que ne fait pas la loi du 9 mars 1928, « mention de cette formalité sera faite au procès-verbal ».

Remarquons d'abord que par le mot « formalité » la loi ne peut désigner que l'avis donné à l'inculpé. La désignation du conseil est postérieure à la rédaction du procès-verbal : il ne peut donc être question de l'y mentionner.

Et comment expliquer que le législateur n'ait pas exigé en 1928 dans la procédure d'instruction des tribunaux militaires, cette mention exigée depuis 1897 devant les tribunaux ordinaires ? Cela tient à ce que cette mention est indispensable dans le premier cas si l'on veut être sûr que les prescriptions de la loi sont exécutées, alors qu'elle est superflue devant les Juges d'Instruction militaire. En effet l'option du prévenu ordinaire peut aboutir à l'absence de défenseur et pour qu'il en soit autrement, pour que sa défense soit organisée, il faut un acte positif de sa part : il *doit demander* un défenseur désigné d'office, ou un défenseur de son choix. L'absence de demande pourrait résulter de l'ignorance de ses droits : il faut que mention soit faite au procès-verbal qu'il a été renseigné sur ses droits.

Par contre le prévenu militaire est toujours défendu. Inutile de mentionner au procès-verbal qu'il a été renseigné sur son droit d'option entre un conseil de son choix, ou un conseil d'office. Il ne peut être interrogé ou confronté hors la présence de ce conseil ; le fait qu'il a un conseil est une meilleure preuve que la mention au procès-verbal. Et le conseil désigné d'office en fait saura bien renseigner

le prévenu sur son droit de demander un conseil de son choix.

La seule *mention* que avis a été donné au prévenu de son droit n'est pas exigée par la loi du 9 mars 1928 à peine de nullité mais il lui doit être donné avis de ce droit à peine de nullité. Si donc il prouve qu'avis ne lui a pas été donné, toute la procédure serait nulle depuis l'interrogatoire de première comparution inclus. Remarquons que pratiquement les procès-verbaux d'interrogatoire portent mention que avis a été donné au prévenu de son droit en matière de choix du conseil en l'absence d'obligation légale.

Une deuxième nullité résulte de l'article 48, alinéa 2 de la loi du 9 mars 1928, ainsi libellé : « L'inculpé, détenu ou libre, ne peut être interrogé ou confronté à moins de renonciation expresse de sa part, qu'en présence de son conseil ou ce dernier dûment appelé sous la réserve que le conseil choisi ou désigné devra, à moins qu'il soit militaire, pour assister aux interrogatoires ou aux confrontations, être avocat inscrit au tableau ou admis au stage ».

L'article 9, § 2 de la loi du 8 décembre 1897 dispose en termes identiques : « L'inculpé détenu ou libre et la partie civile ne peuvent être interrogés ou confrontés à moins qu'ils n'y renoncent expressément, qu'en présence de leurs conseils ou ceux-ci dûment appelés ».

Ces deux dispositions sont semblables : leur inobservation entraîne une nullité légale.

Les alinéas 1 et 2 de l'article 49 de la loi du 9 mars 1928 prescrivent que :

1^o « La procédure doit être mise à la disposition du conseil la veille de chaque interrogatoire de l'inculpé » ;

2^o « Il doit lui être immédiatement donné connaissance de toute ordonnance du Juge d'Instruction militaire, par l'intermédiaire du greffier ».

C'est la reproduction *mutatis mutandis* des dispositions de l'article 10 de la loi du 8 décembre 1897, modifiée le 22 mars 1921. Et quel que soit le Juge d'Instruction qui n'a pas

observé ces prescriptions, la nullité s'ensuit, nullité décidée par la loi.

Les nullités sont de droit étroit : il faut donc interpréter strictement les dispositions législatives. Il suffit pour qu'aucune nullité ne soit encourue que la convocation et l'avertissement que la procédure est mise à sa disposition parviennent au conseil la veille de l'interrogatoire ; le Juge d'Instruction peut refuser légalement de communiquer la procédure à l'inculpé lui-même (sauf si l'on est aux armées et que la défense n'ait pas été organisée) ; il peut refuser une copie des pièces. Ces formalités ne sont exigées que comme préparation des interrogatoires et ne sauraient être exigées pour les actes de confrontation à moins que ces confrontations ne soient accompagnées d'interrogatoires.

Cependant il a été jugé (Crim. Cass., 27 juillet 1906, *D. P.* 1907.1.334) que la formalité n'a pas été remplie quand on ne retrouve au dossier aucune mention de l'accomplissement de cette formalité.

Le dossier tout entier doit être communiqué. Il a néanmoins été jugé (Rouen, 26.7.1912, *D. P.* 1916 2.113) que « l'inculpé ne peut pas se plaindre de ce que certains dossiers, dont le ministère public aurait eu communication au cours de l'information, n'ont pas été mis à la disposition de son conseil, si ces dossiers n'ont pas été joints à la procédure, et si à aucun moment des débats il n'a été fait état de renseignements en provenant ». Ce dossier doit être communiqué au complet : il a été jugé que les obligations légales n'étaient pas remplies et la nullité encourue, lorsque certaines pièces seulement du dossier n'avaient pas été communiquées.

En ce qui concerne l'obligation de donner immédiatement connaissance au conseil de toute ordonnance du Juge d'Instruction militaire, il a été décidé par de nombreuses décisions que seules doivent être portées immédiatement à la *connaissance du conseil* les ordonnances du Juge d'Instruction qui constituent des actes de juridiction (1). La

1. Caen, 28.12.1897 ; *D. P.* 98.2.33 et 34. Trib. corr. Seine, 18.2.1898 et sur appel Paris, 7.4.1898 ; *D. P.* 98.2.210.211.

Cr. r. 24.6.98, *Bull. crim.*, n° 230. Cr. r. 8.12.99 *Bull. crim.*, n° 356. Cr. r. 5.1.90 ; *D. P.* 1901.1.113. Cr. r. 16.2.1901 ; *D. P.* 1901.1.288.

Chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé plusieurs fois cette jurisprudence. Cependant il y a également des arrêts en sens contraire (1). En somme, ces décisions à sens inverse se ramènent à établir ce qu'on entend par ordonnances qui constituent des actes de juridiction. C'est ainsi qu'il a été décidé que l'ordonnance portant désignation d'experts, que l'ordonnance de dessaisissement, ne constituent pas des actes de juridiction. Il a été décidé que l'ordonnance de soit-communiqué doit être portée à la connaissance du conseil ; que l'ordonnance de communication de la procédure au Procureur de la République en vue de ses réquisitions relatives à une demande de mise en liberté provisoire ne doit pas être communiquée spécialement, alors que l'ordonnance statuant sur la liberté provisoire a été régulièrement notifiée.

A ces nullités légales, il convient d'ajouter celles que la jurisprudence a sanctionnées. La loi du 8 décembre 1897 a eu pour but essentiel d'assurer la défense de l'inculpé pendant tout le cours de l'instruction préparatoire. Dès lors toutes les formalités qui font partie substantielle du droit de la défense sont de rigueur, et les omettre constitue de plein droit une cause de nullité absolue, radicale.

A titre d'exemple nous citerons, résultant de la jurisprudence de la Cour de cassation, les causes de nullité suivantes :

La *prestation du serment* exigée d'un inculpé avant son interrogatoire (Cassation, 6 janvier 1923), le défaut de prestation de serment d'un expert commis par le Juge d'Instruction (Cass. 2 février 1907, *D. P.* 1907.1.336). Enfin il a été jugé que le défaut de signature du Juge d'Instruction sur un procès-verbal était une cause de nullité (Cass., 13 mars 1921, *Bull. crim.*, 1921).

Il convient d'ajouter en outre, les *exigences de preuve* d'exécution des obligations de la loi, notamment cette décision de la Cour de cassation (Crim. Cass., 27 juill. 1906, *D. P.* 1907. 1334) que la formalité prescrite à peine de nul-

1. Lyon, 8 juin 1898 ; *D. P.* 1898.2.489. Paris, 7 mars, 1899 ; *D. P.* 1901.2.88. Bastia, 31 mai 1905 ; *D. P.* 1906.2.336.

lité, n'a pas été remplie quand on ne retrouve pas au dossier mention de l'accomplissement de la formalité.

* * *

Il nous reste enfin à examiner une cause de nullité légale différente des précédentes en ce qu'elle n'est pas une conséquence des irrégularités de l'instruction ; elle nous intéresse néanmoins car elle réside dans la *personne du Juge d'Instruction*.

« Le Juge d'Instruction ne peut concourir au jugement des affaires qu'il a instruites » (art. 1^{er} de la loi du 8 décembre 1897). Cette disposition de la loi règle la composition du tribunal. L'inexécution entraîne l'inexistence du tribunal. La nullité encourue est absolue, d'ordre public. L'inculpé ne pourrait donc renoncer à s'en prévaloir, la nullité s'impose d'office, elle peut être invoquée, pour la première fois, par devant la Cour de cassation.

Cette disposition ne vise pas le juge qui, une fois le tribunal saisi, a été délégué par le tribunal lui-même pour procéder à une instruction supplémentaire. Ce magistrat peut concourir au jugement.

Devant les tribunaux militaires cette incapacité qui frappe le Juge d'Instruction militaire n'est pas normalement appelée à jouer. Elle peut néanmoins trouver son application dans le cas où comparaitrait devant le Tribunal Militaire un membre du corps autonome de la justice militaire. Le Juge d'Instruction, qui aura instruit l'affaire, ne peut entrer dans la composition du tribunal. L'on peut donc dire que s'applique au Juge d'Instruction militaire la règle du droit commun en cette matière (1).

1. Cette incapacité s'étend-elle au greffier du Juge d'Instruction ? La loi est muette sur ce point. Donc les incapacités étant de droit étroit, on doit répondre que l'incapacité ne s'étend pas au greffier. Cette solution est logique : le rôle purement matériel du greffier n'exige pas de cet auxiliaire l'indépendance nécessaire pour juger. La Cour de cassation n'a pas été appelée à se prononcer sur ce point. Certains auteurs lui prêtent néanmoins une tendance à écarter la nullité. Ils le déduisent de la formule suivante : « Attendu que, sans qu'il y ait lieu de rechercher si un greffier qui

La loi du 9 mars 1928 établit une autre incapacité : « En aucun cas, et ce à peine de nullité, le Juge d'Instruction militaire ou ses substituts ne peuvent dans une affaire qu'ils ont instruite, remplir à l'audience les *fonctions de Commissaire du Gouvernement* », alinéa 3 de l'article 14. Voilà une disposition qui ne se trouve pas dans le Code d'instruction criminelle et qui d'ailleurs va contre la jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour de cassation se refuse à considérer comme un cas de nullité cette circonstance que le Juge d'Instruction a rempli à l'audience, dans une même affaire par lui instruite, les fonctions du ministère public.

Dès lors l'on peut se demander si le législateur qui s'est montré extrêmement énergique dans l'expression de cette nouvelle exigence : « En aucun cas, et ce à peine de nullité... » a considéré cette incapacité du Juge d'Instruction comme tellement essentielle.

Il semble bien que cette incapacité du Juge d'Instruction soit une pièce essentielle de notre organisation de la justice criminelle et comme telle a été voulue énergiquement par le législateur. Il importe en effet que soit assurée complètement la séparation des pouvoirs de poursuite et d'instruction. Ces deux missions supposent dans les personnes qui en sont chargées des états d'âme inconciliables. On ne peut à la fois être le chevalier servant de la société qui demande un châtiment et le juge impartial qui a recherché les responsabilités. Notre organisation judiciaire suppose que personne ne puisse être condamné sans qu'une juridiction d'instruction ait décidé la mise en jugement, et qu'un accusateur populaire ait préalablement défendu ses conclusions. Permettre au premier de présenter des conclusions (nous ne disons pas les défendre car la parole est libre) qui infirment ou qui confirment une ordonnance qu'il a prise, c'est ou atténuer les conclusions de cette dernière, ou enlever au prévenu le bénéfice d'une appréciation différente à laquelle il a droit.

n'a pris part qu'à l'instruction peut concourir au jugement de l'affaire, *il suffit de...* » (Cass., 14 mars 1928, S. 1929 1.196). Et s'il ne suffisait pas, il y aurait lieu de rechercher..., c'est donc que l'incapacité ne se déduit pas de la loi.

Et l'on peut se demander si la Cour de cassation ne prendra pas argument de cette innovation apportée par le législateur de la loi du 9 mars 1928 pour modifier sa jurisprudence. La confusion de l'instruction et de la poursuite nous semble plus préjudiciable aux intérêts de l'inculpé que la confusion résultant de l'inobservation de l'article 1^{er} de la loi du 8 décembre 1897. Lorsque le Juge d'Instruction siège au tribunal, il n'apporte qu'une voix suspecte de manquer d'indépendance dans une décision prise par une collectivité. Lorsqu'il requiert, il apporte un avis qui peut influencer la décision de tous les membres du tribunal. Il est anormal que dans le premier cas la nullité ne soit pas encourue, alors que dans le second le jugement serait frappé de nullité absolue.

2^o Caractères des nullités.

Quels caractères présentent les nullités qui peuvent être encourues au cours de l'instruction ? Ils sont communs, qu'il s'agisse de l'instruction pénale ordinaire ou de l'instruction faite par le juge militaire.

Aux termes de l'article 59 de la loi du 9 mars 1928 la *nullité* atteint l'*acte irrégulier et la procédure ultérieure*. Ce sont les effets mêmes de l'article 12 de la loi du 9 décembre 1897, « à peine de nullité de l'acte et de la procédure ultérieure ».

Les caractères de cette nullité nous sont donnés par une décision de la Cour de cassation (Cr. C., 8 déc. 1899, *D. P.* 1900.1.31) : « Lorsqu'un acte de la procédure suivie par un Juge d'Instruction est entaché d'une des nullités prévues par la loi du 9 décembre 1897, le Juge d'Instruction n'a qualité ni pour prononcer l'annulation dudit acte, ni pour le recommencer spontanément ; mais il doit mettre le prévenu, assisté de son conseil, ou celui-ci dûment appelé, en demeure de déclarer s'il entend opposer la nullité... Si le prévenu renonce à se prévaloir de la nullité, elle se trouve ainsi couverte et le Juge d'Instruction peut continuer l'information... Dans le cas contraire, il doit communiquer la

procédure au Procureur de la République à l'effet de saisir, par voie d'opposition à l'ordonnance de soit-communiqué, la Chambre des mises en accusation, seule compétente pour prononcer l'annulation des actes entachés de nullité et de la procédure qui les a suivis ».

Il résulte de cet arrêt :

- 1^o que le prévenu peut renoncer à la nullité ;
- 2^o qu'à défaut de renonciation la nullité est de la compétence de la Chambre des mises en accusation.

Ainsi la nullité dont il s'agit est une nullité relative, et elle peut être couverte par la Chambre des mises en accusation.

La nullité encourue est une *nullité relative* : c'est la conséquence de ce fait que le prévenu peut renoncer à s'en prévaloir. Quand une nullité est encourue, si le Juge d'Instruction s'en aperçoit il doit tendre à la couverture de cette nullité, car il ne peut utilement continuer l'instruction. Il dispose pour cela de la possibilité de mettre « le prévenu assisté de son conseil, ou celui-ci dûment appelé, en demeure de déclarer s'il entend opposer la nullité ».

Si le prévenu consent à la renonciation à son droit d'invoquer la nullité, cette renonciation doit être expresse. Il est dressé procès-verbal constatant cette renonciation et l'instruction se poursuit régulièrement.

Si le prévenu refuse son consentement à la renonciation, intervient la Chambre des mises en accusation, c'est-à-dire la juridiction d'instruction du second degré dont nous étudierons l'action dans le chapitre suivant.

La nullité est relative, donc elle ne saurait, pour la première fois, être invoquée devant la Cour de cassation. Il faut donc qu'elle soit purgée.

Nous verrons dans le chapitre suivant comment cette purge peut être obtenue.

CHAPITRE VI

La limitation des pouvoirs du Juge d'Instruction par les pouvoirs de la juridiction d'instruction du deuxième degré.

La procédure terminée, le Juge d'Instruction la communique (1) au Procureur de la République qui doit la lui retourner, grossie de ses réquisitions, dans les trois jours au plus tard. Si le Juge d'Instruction est d'avis que le fait sur lequel il a informé ne présente ni crime, ni délit, ni contravention ou qu'il n'existe aucune charge contre l'inculpé, il rend une ordonnance de non-lieu. S'il est d'avis que le fait n'est qu'une contravention de police, ou un délit de nature à être puni d'une peine correctionnelle, il rend une ordonnance de renvoi devant le tribunal compétent. Enfin s'il estime que le fait est de nature à être puni d'une peine afflictive et infamante et que la prévention contre l'inculpé est suffisamment établie, il rend une ordonnance de transmission à la Cour d'appel.

Après avoir rendu son ordonnance le juge est dessaisi.

Comme le fait le Juge d'Instruction civil, dès que la procédure est terminée, le Juge d'Instruction militaire la communique (2) au Commissaire du Gouvernement qui doit lui

1. Article 127 du Code d'Instruction Criminelle (rédaction de la loi du 17 juillet 1856).

2. Cette ordonnance de soit communiqué doit être datée : elle fixe en effet le point de départ du délai accordé au Commissaire du Gouvernement

adresser ses réquisitions dans les trois jours au plus tard (1), aux armées dans les quarante-huit heures (2). Ces réquisitions ne lient pas le Juge d'Instruction qui reste toujours maître de sa décision. Si le Juge d'Instruction estime que le tribunal militaire est incompétent, il rend une ordonnance d'incompétence et le dossier est retourné au général qui a délivré l'ordre d'informer, afin que la juridiction compétente soit saisie ; s'il est d'avis que le fait incriminé ne constitue ni crime ni délit, il rend une ordonnance de non-lieu ; si le Juge d'Instruction est d'avis que le fait incriminé constitue une infraction punie d'une peine correctionnelle de la compétence de la juridiction militaire, il rend une ordonnance de renvoi de l'inculpé devant le tribunal militaire ; enfin si le Juge d'Instruction estime que le fait est de nature à être puni d'une peine afflictive et infamante il rend une ordonnance de transmission à la Cour d'appel, afin que la Chambre des mises en accusation soit saisie.

Ainsi en cas de faits délictueux entraînant une peine criminelle, les pouvoirs du Juge d'Instruction militaire, comme ceux du Juge d'Instruction civil, sont limités par ceux de la Chambre des mises en accusation qui a, elle seule, le droit de prononcer le renvoi devant la juridiction de jugement. Cependant aux armées, le Juge d'Instruction peut prononcer le renvoi en matière criminelle devant le tribunal militaire. Il a donc à ce point de vue, dans ce cas exceptionnel, les mêmes pouvoirs que le Juge d'Instruction ordinaire et de plus ceux de la Chambre des mises en accusation.

Ce pouvoir exclusif de statuer sur la *mise en accusation*

pour prendre ses réquisitions. Le délai n'est pas prescrit à peine de nullité.

Avis de cette ordonnance doit être donné au conseil de l'inculpé, conformément à l'article 49 § 2. De nombreux arrêts de la Cour de cassation ont décidé que, à peine de nullité, le Juge d'Instruction doit se conformer exactement à cette règle. Nous en verrons, ci dessous, l'importance pour la défense, en matière de nullité.

1. Article 65 du Code de Justice Militaire.

2. Article 176 du Code de Justice Militaire.

en matière de crime est reconnu à la seule Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel.

La Chambre des mises en accusation est en outre le juge *des oppositions aux ordonnances du Juge d'Instruction*. C'est un droit très important qui la constitue juge d'appel des décisions juridictionnelles du Juge d'Instruction.

Enfin la jurisprudence que nous aurons à analyser à propos des nullités, et la doctrine, sont d'accord pour reconnaître à la Chambre des mises en accusation le droit de prononcer *l'annulation des procédures irrégulières*, et le pouvoir de purger les nullités.

La Chambre des mises en accusation (1) dispose ainsi en matière pénale de pouvoirs extrêmement importants. Leur étude nous permettra de préciser la limite de ceux du Juge d'Instruction.

§ I

LA CHAMBRE DES MISES EN ACCUSATION, JUGE DU RENVOI EN MATIÈRE CRIMINELLE.

Les pouvoirs du Juge d'Instruction sont limités par les pouvoirs de la Chambre des mises en accusation dans la mesure où est réservée à cette dernière la décision sur la question du renvoi devant la juridiction de jugement.

1. Notons au passage que la Chambre des mises en accusation appelée à statuer *en matière d'infraction militaire* doit avoir une composition spéciale prévue à l'article 68 de la loi du 9 mars 1918 qu'elle ait à statuer sur la mise en accusation en matière de crime, ou qu'elle ait à juger une opposition aux ordonnances du Juge d'Instruction, ou enfin qu'elle ait à se prononcer sur les nullités de l'Instruction (art. 58 et art. 66 de la loi du 8 mars 1928). La question de cette composition spéciale a été rendue très imprécise par l'interprétation à donner à l'incidente en matière d'infraction militaire (v. procès-verbal de la séance du 6 décembre 1929 du Comité consultatif de la justice militaire).

En matière de droit pénal militaire la Chambre des mises en accusation a un droit d'évocation qui peut la mettre en conflit avec le droit de délivrer l'ordre d'informer dont dispose le général commandant la circonscription territoriale en vertu des articles 24 et 62 de la loi du 9 mars 1928 (v. procès-verbal de la séance du 4 avril 1930 du Comité consultatif de la justice militaire).

En matière pénale ordinaire cette question est réglée par l'article 231 du Code d'Instruction Criminelle modifié par la loi du 17 juillet 1856. « Si le fait est qualifié crime par la loi et que la Cour trouve des charges suffisantes pour motiver la mise en accusation, elle ordonnera le renvoi du prévenu aux assises ». Donc le Juge d'Instruction ordinaire ne peut ordonner le renvoi devant la juridiction de jugement, ce droit étant réservé à la Chambre des mises en accusation, si le fait est qualifié crime, ou, ce qui revient au même, s'il s'agit d'ordonner le renvoi devant la Cour d'assises.

La procédure de la mise en accusation de l'article 231 du Code d'Instruction Criminelle ne s'appliquait pas devant les tribunaux militaires avant la mise en application du Code de Justice Militaire du 9 mars 1928. Sous le régime du Code de Justice Militaire de 1857, la mise en accusation était toujours ordonnée par le général. « Désormais les magistrats militaires exerceront leur action en complète indépendance du commandement ; l'affaire entrera dans une phase purement judiciaire à partir du moment où l'ordre d'informer aura été donné ». Le Juge d'Instruction militaire se prononce sur le renvoi de l'inculpé devant la juridiction de jugement comme un Juge d'Instruction ordinaire.

La distinction des pouvoirs respectifs de la Chambre des mises en accusation et du Juge d'Instruction militaire ne présente toutefois pas la même netteté qu'en matière pénale ordinaire. Les deux juridictions d'instruction militaire : Juge d'Instruction militaire et Chambre des mises en accusations, ordonnent le renvoi devant le même tribunal. Mais subsiste la distinction basée sur la nature du fait délictueux : délit ou crime. Pour les délits, c'est le Juge d'Instruction qui ordonne le renvoi (art. 64, alinéa 4) en matière de crimes, sauf le cas envisagé ci-dessous, c'est la Chambre des mises en accusation qui prononce le renvoi (art. 68).

Une confusion cependant subsiste quant à la juridiction à qui il appartient d'ordonner le renvoi lorsque le fait est de nature à être puni d'une peine simplement infamante.

La loi du 9 mars 1928, article 68, dispose en effet que le renvoi ne peut être prononcé que par la Chambre des mises en accusation « pour tous les faits incriminés de nature à être punis de la peine de mort ou des peines de la déportation, des travaux forcés, de la détention, de la réclusion ». Comme, d'autre part, le Juge d'Instruction ne peut ordonner le renvoi que pour les délits, il en résulte qu'il n'est reconnu à aucune juridiction compétente pour prononcer le renvoi pour les crimes punis d'une peine criminelle ne rentrant pas dans l'énumération ci-dessus.

Or de tels crimes existent. Ce sont ceux punis de peine simplement infâmantes énumérées à l'article 8 du Code pénal. « Les peines infâmantes sont le bannissement, la dégradation civique », peines qui peuvent être appliquées par les juridictions militaires (art. 192 de la loi du 9 mars 1928).

Sans doute parcourant le Code pénal militaire on ne trouve pas de crime puni du bannissement parmi les délits purement militaires ; mais l'article 244 du même Code punit la corruption dans le service de dégradation civique et de deux à six mois de prison, si le coupable est militaire ou assimilé (modification de l'art. 177 du Code pénal). Quelle juridiction devra, dans ce cas, ordonner le renvoi devant le tribunal militaire ? On ne saurait reconnaître compétence au Juge d'Instruction : il s'agit d'un fait puni d'une peine criminelle. On ne saurait davantage reconnaître compétence à la Chambre des mises en accusation : la dégradation civique ne rentre pas dans l'énumération donnée ci-dessus (cette énumération n'est pas énonciative mais restrictive). Nous sommes certainement dans une situation étrangère à celles prévues par les articles 66 et 68 du Code de Justice Militaire du 9 mars 1928.

Une seule solution semble possible : admettre que l'infraction prévue par l'article 224 précité n'est pas une infraction militaire, donc n'étant pas de la compétence des tribunaux militaires, mais bien une infraction de droit commun de la compétence des tribunaux ordinaires. Pourtant l'article 2 du Code de Justice Militaire dispose : « que les juridictions

militaires n'auront plus à connaître en temps de paix que des infractions spéciales d'ordre militaire prévues au livre II (celui de la loi du 9 mars 1928) et l'article 244 est bien un article du livre II. A moins que l'on admette que toutes les infractions prévues à la section XII du livre II ne sont pas des infractions militaires. Mais alors le législateur aurait dû le dire.

Aussi nous préférons reconnaître que nous sommes dans une impasse due à une inadvertance du législateur.

Nous serons dans la même impasse d'ailleurs toutes les fois qu'aura été commise « dans les casernes, quartiers, établissements militaires et chez l'hôte » une infraction de toute nature sanctionnée par le Code pénal du bannissement ou de la dégradation civique (1). (Voir notamment art. 115, § du C. P., art. 124 du C. P., art. 126 du C. P.).

La législation militaire devrait être retouchée, soit en modifiant l'article 66, § 4, de façon à étendre les pouvoirs du Juge d'Instruction militaire, soit en modifiant l'article 66 § 5 et l'article 68 afin que soient étendus les pouvoirs de la Chambre des mises en accusation.

Aux armées, la Chambre des mises en accusation (2) n'a pas à intervenir pour renvoyer l'inculpé devant le tribunal militaire, pas plus d'ailleurs que le tribunal militaire de cassation : le Juge d'Instruction prononce le renvoi aussi bien pour tous les crimes que pour les délits (art. 177 § 4).

Le Juge d'Instruction militaire dispose donc aux armées (en ce qui concerne le renvoi de l'inculpé devant la juridiction de jugement) de pouvoirs supérieurs à ceux dont dispose le Juge d'Instruction du droit commun. Et il disposerait également d'un droit supérieur en temps de paix et en

1. L'inadvertance du législateur s'explique dans ce cas par ce fait que l'extension de la compétence des tribunaux militaires à toutes infractions commises dans les casernes, quartiers, etc., a été faite par un amendement à l'article 2 adopté sans qu'on ait envisagé toutes les conséquences qu'il pouvait entraîner. Cette *improvisation* de la législation est une explication, non une justification. Elle condamne le droit d'initiative parlementaire tel qu'il est compris et appliqué dans nos Chambres législatives.

2. Si la Chambre des mises en accusation n'existe pas, comme par exemple en A. E. F., le renvoi est prononcé par le Procureur Général, de même qu'il l'est en matière criminelle ordinaire (Cass., 20 mars 1930, *Bull.* n° 85).

temps de guerre sur le territoire national si l'on décidait de lui donner compétence en matière de renvoi devant les tribunaux militaires pour les faits punis du bannissement et de la dégradation civile.

La Chambre des mises en accusation tient de son droit de prononcer le renvoi en matière criminelle le droit de contrôler sa propre compétence, ce qui implique le droit de contrôler la régularité de sa saisine, et le droit de contrôler la *compétence* du Juge d'Instruction. Elle possède ces droits en vertu des principes généraux applicables à toute juridiction. Elle les possède, qu'il s'agisse d'une information faite par un Juge d'Instruction ordinaire ou un Juge d'Instruction militaire.

Elle est saisie par l'ordonnance de transmission du Juge d'Instruction (art. 153 du Code d'Inst. Crim. ; art. 66 § 5 du Code de Justice Militaire). L'appel est accordé contre cette ordonnance, en matière pénale ordinaire, au Procureur de la République et au prévenu pour cause d'incompétence du Juge d'Instruction ou du tribunal ; en matière pénale militaire, au général commandant la circonscription territoriale au Commissaire du Gouvernement, enfin au prévenu, mais alors pour celui-ci dans les cas suivants seulement :

- 1^o pour cause d'incompétence du tribunal ;
- 2^o si le fait n'est pas qualifié crime ou délit par la loi ;
- 3^o si la procédure n'a pas été communiquée au ministère public et s'il n'a pas donné ses réquisitions.

La Chambre des mises en accusation juge cet appel qui est devenu un véritable appel, quoique appelé encore « opposition » dans la loi du 9 mars 1928 ; la dénomination nouvelle d' « appel » lui a été donnée par la loi du 7 février 1933 qui a modifié profondément l'article 135 du Code d'Instruction Criminelle. Nous étudierons le rôle de la Chambre des mises en accusation comme juge d'appel des ordonnances du Juge d'Instruction.

La Chambre des mises en accusation n'est compétente qu'autant qu'elle est saisie par un juge compétent : la réciprocité est vraie, dès lors la question de compétence de la

Chambre des mises en accusation peut avoir sa répercussion sur les pouvoirs du Juge d'Instruction.

Or, d'après l'article 128 « les juges (lisez la Chambre des mises en accusation) pourront ordonner s'il y échoit des informations nouvelles ». Cette disposition s'applique à la Chambre des mises en accusation juge du renvoi devant le tribunal militaire (l'art. 68 de la loi du 9 mars 1928 vise l'application du titre II du livre II du Code d'Instruction Criminelle). Quelle interprétation reçoit dans le droit commun cette disposition législative et quelle répercussion a-t-elle sur les pouvoirs des Juges d'Instruction ? Il y aurait lieu ensuite de voir si cette interprétation ne doit pas être modifiée, compte tenu de la saisine spéciale du Juge d'Instruction militaire. Cette question se ramène à celle déjà étudiée des suppléments d'information : nous n'y reviendrons pas.

Mais les pouvoirs de la Chambre des mises en accusation peuvent se présenter sous un aspect différent. Il a été jugé (Crim., 18.5.1892, *D. P.*, 91.1.592) « que la Chambre doit relever tout les faits qui ressortent de la procédure alors que les dits faits n'ont pas été énoncés dans le réquisitoire introductif ». Il en résulte que la Cour peut étendre les poursuites à des faits nouveaux. En droit pénal militaire les dispositions exceptionnelles de l'article 24 semblent s'y opposer. On pourrait soutenir que cet article 24 ne vise que le Juge d'Instruction ; mais cette interprétation est difficilement conciliable avec les termes absolus du dernier paragraphe de l'article 24.

Cependant il semble qu'il y aurait lieu de faire une distinction. Le fait nouveau peut ne pas être de la compétence du tribunal militaire. Il semble qu'alors la Cour doive rentrer dans la plénitude de ses pouvoirs. Même solution encore si la constatation d'une complicité civile entraîne l'incompétence du tribunal militaire. Le général perd son droit d'animateur exclusif de la procédure, voulu par le législateur dans des cas exceptionnels. Ces exceptions doivent être interprétées étroitement et quand le général perd ses droits, la Chambre des mises en accusation recou-

vre les siens propres comme en matière non militaire (1).

« Dans toutes les affaires, les Cours d'appel (Chambres des mises en accusation) tant qu'elles n'auront pas décidé s'il y a lieu de prononcer la mise en accusation, pourront d'office, soit qu'il y ait ou non une instruction commencée par les premiers juges, ordonner des poursuites, se faire apporter les pièces, informer ou faire informer et statuer ensuite ce qu'il appartiendra » (art. 235 du Code d'Inst. Crim.) Ce droit d'évocation de la Chambre des mises en accusation en matière ordinaire, comprend le droit :

- 1° de statuer à l'égard d'individus non renvoyés devant elle quoique ayant participé aux faits de l'instruction ;
- 2° d'instruire elle-même une affaire pendante devant un Juge d'Instruction ;
- 3° d'ordonner une information lorsque dans *l'exercice de ses fonctions* elle trouve la trace d'un crime ou d'un délit (2) et qu'elle estime qu'il y a lieu d'ordonner une information.

Le premier cas d'évocation est celui de la Chambre des mises en accusation statuant à l'égard d'individus non renvoyés devant elle quoiqu'ayant participé aux faits relevés par l'instruction. Cela suppose un individu non encore impliqué dans la poursuite ou qui a bénéficié d'un non-lieu en l'état de la part du Juge d'Instruction. Ce droit en somme de corriger ou compléter une procédure, la Chambre des mises en accusation en dispose sur tous Juges d'Instruction

1. Une autre difficulté provient d'une cause analogue : la Chambre des mises en accusation peut arriver par le jeu des circonstances aggravantes à modifier la qualification du fait. Et le délit militaire peut être transformé en délit de droit commun. Or la Chambre des mises en accusation n'a pas la même composition (art. 68) pour les délits militaires et non militaires. Il faudra dans l'affaire une Chambre à transformation, le képi et la toge jouant à cache-cache, pour être sûr d'avoir toujours une Chambre compétente

2. Ne pas confondre ce droit avec celui que possèdent les Chambres assemblées. Ces dernières peuvent *enjoindre* au ministère public de poursuivre. La Chambre des mises en accusation peut seulement *procéder* à des poursuites non commencées.

militaires et non militaires. Dans le cas de non-lieu, aucune difficulté ; mais s'il s'agit d'un individu non encore impliqué dans la procédure, c'est-à-dire contre qui n'a pas été délivré *un ordre d'informer*, le droit d'évocation met la Chambre des mises en accusation en conflit non avec un Juge d'Instruction, mais derrière le Juge d'Instruction avec le général commandant la circonscription territoriale.

Pas de difficultés s'il s'agit du deuxième cas d'évocation : la Cour instruit elle-même une affaire pendante devant un Juge d'Instruction ; quelque soit le juge, la Chambre des mises en accusation a le droit d'évocation : elle dessaisit le juge et le peut en toutes circonstances mais seulement pour se saisir elle-même de l'information.

Dans le troisième cas d'évocation, la Chambre des mises en accusation peut ordonner une information lorsque dans l'exercice de ses fonctions elle trouve la trace d'un crime ou d'un délit et qu'elle estime qu'il y a lieu d'ordonner une information. Le droit de la Chambre est-il aussi complet quand il s'agit d'une affaire de la compétence des tribunaux militaires ? Autrement dit, par le droit d'évocation, l'entorse faite au principe que le ministère public a seul l'action publique va-t-elle s'étendre à cette règle bien formelle de la loi du 9 mars 1928 article 24 : « aucune poursuite ne peut avoir lieu, à peine de nullité que sur un ordre d'informer délivré par le général commandant ou le Ministre de la Guerre » comme dans le premier cas d'évocation ?

Il n'est pas superflu de se poser la question ; les pouvoirs de la Chambre des mises en accusation débordent la saisine du Juge d'Instruction ordinaire, et débordent aussi les limites du réquisitoire introductif ; pourquoi ne s'étendraient-ils pas aussi au delà de l'ordre d'informer du général ?

On pourrait, pour sauvegarder le droit d'évocation de la Chambre des mises en accusation et ceux du général commandant la circonscription territoriale, admettre avec M. Gilbert Schmitt (*Le rôle de la Chambre des mises en accusation en matière pénale militaire*) que la Chambre des mises en accusation a toujours le droit d'ordonner une informa-

tion et que le juge délégué pour informer doit demander l'ordre d'informer au général suivant la procédure ordinaire, c'est-à-dire résoudre la difficulté par une obligation de forme. M. Schmitt voudrait alors que le général soit dans l'obligation de délivrer l'ordre d'informer. Obligation qui ne résulte d'aucun texte et que l'on ne peut par conséquent admettre qu'en la justifiant.

En tous cas, quelle que soit la solution, elle ne modifie en rien les pouvoirs du Juge d'Instruction, celui-ci tenant toujours ses pouvoirs d'un ordre d'informer du général commandant la circonscription territoriale. On n'a même pas la ressource de pouvoir envisager que le juge soit saisi, comme en matière de supplément d'information, en vertu du premier ordre d'informer dans lequel le supplément d'information peut à la rigueur être considéré comme inclus à titre d'accessoire.

§ II

L'APPEL (1) DES ORDONNANCES DU JUGE D'INSTRUCTION.

L'appel des ordonnances du Juge d'Instruction est porté devant la Chambre des mises en accusation. Cet appel est soumis à une procédure différente suivant qu'il s'agit des ordonnances relatives à la liberté provisoire ou des ordonnances qui terminent la procédure.

Toutes les ordonnances du Juge d'Instruction sont susceptibles d'appel, à l'exception des ordonnances nommant des experts et des interprètes. Ces ordonnances, simples actes d'instruction ne présentant pas un caractère juridictionnel, n'ont pas à être notifiées à l'inculpé ni à son conseil. Cependant, des formalités sont exigées à peine de nullité. Ces nullités sont purgées de la même façon que toutes les nullités de l'information comme il sera dit plus loin (2).

1. Cette voie de recours appelée « opposition » tant dans le Code d'Instruction criminelle que dans le Code de Justice Militaire, est pour la première fois appelée « appel » dans la loi du 7 février 1933, dans son article 4 modifiant l'article 135 du Code de Procédure criminelle.

2. L'ordonnance de soit-communiqué est soumise à un régime spécial dont il sera question plus loin.

A cette exception près, toutes les ordonnances, étant susceptibles d'appel, doivent être notifiées à l'inculpé et à son conseil.

Nous avons vu comment la Chambre des mises en accusation peut être appelée à juger l'appel des ordonnances statuant sur la mise en liberté provisoire. Il nous reste à voir ici l'appel des ordonnances de clôture.

L'appel des ordonnances de clôture de l'instruction préparatoire est jugé par la Chambre des mises en accusation.

Sont admis à faire appel des ordonnances de clôture en droit commun : l'inculpé, la partie civile, le Procureur de la République, le Procureur Général.

La loi du 9 mars 1928 accorde ce droit : à l'inculpé, au Commissaire du Gouvernement, au général commandant.

L'inculpé, en droit commun, a droit de faire appel des ordonnances de clôture, seulement pour incompétence du Juge d'Instruction. Il avait, au cours d'information, la possibilité à propos de n'importe quelle ordonnance du juge (nomination d'expert, soit communiqué...) d'invoquer l'incompétence du juge. Mais un juge incompetent peut continuer l'instruction sans statuer sur l'exception d'incompétence, car la loi ne l'oblige pas à prendre une décision avant la fin de l'information.

L'ordonnance de renvoi est la dernière par laquelle l'inculpé puisse demander, par l'appel, devant la Chambre des mises en accusation, de statuer sur la compétence du juge chargé de l'instruction.

L'inculpé militaire peut faire opposition à cette ordonnance dans les trois cas suivants (art. 66 de la loi du 9 mars 1928) :

1^o Pour cause d'*incompétence*, soit du Juge d'Instruction militaire, soit de la juridiction militaire. Ce cas est le correspondant de celui dont il est question ci-dessus ;

2^o Si le fait n'est pas qualifié crime ou délit (1) par la loi ;

1. Remarquons qu'en vertu de ce texte le Juge d'Instruction ne peut délivrer d'ordonnance de clôture pour une contravention. Il est donc impossible

3° Si la procédure n'a pas été *communiquée au ministère public* et s'il n'a pas pris ses réquisitions. Ces deux derniers cas, dans le droit commun, sont prévus par l'article 299 du *Code d'Instruction Criminelle*. Ils constituent des cas de demande de nullité, c'est-à-dire constituent une action essentiellement différente de l'appel : il y a confusion dans l'article 66 de la loi du 9 mars 1928 entre l'opposition et le pourvoi.

Que faut-il déduire de cette énumération de la loi militaire ? Qu'a voulu le législateur ?

A-t-il voulu, dans la procédure militaire, supprimer le pourvoi spécial, lui substituer une opposition et en faire une question de la compétence en appel de la Chambre des mises en accusation ? C'est ce que pense le commandant Jullien (dans une note au *D. P.* 1918.4.193) : « le motif est que le Code de Justice Militaire n'a pas organisé de recours contre l'arrêt de renvoi rendu par la Chambre des mises en accusation. Si des nullités se rencontrent dans la procédure, elles ne pourront faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation qu'après jugement définitif du tribunal militaire ». Mais cette solution ne saurait convenir.

En effet, l'opposition ne peut être exercée contre l'ordonnance de transmission. Il en résulterait que dans le cas de crime, car alors le Juge d'Instruction ne délivre qu'une ordonnance de transmission, l'opposition ne pourrait avoir lieu, c'est-à-dire exclusivement, lorsque le prévenu de droit commun bénéficie de la voie du pourvoi spécial, et par contre, elle pourrait avoir lieu quand le prévenu du droit commun en est privé.

Il est préférable d'admettre que le prévenu militaire peut

d'ordonner la poursuite. Or, le tribunal militaire peut connaître des contraventions (non du Code pénal militaire, il n'y en a pas) de droit commun pour faits commis dans les casernes, quartiers, établissements militaires, etc... Faut-il en déduire que le législateur a voulu laisser la répression de toutes les contraventions à l'autorité disciplinaire comme en 1857 ? Non, il l'aurait dit. L'explication est plus simple. Il ne s'est pas rendu compte que l'extension de la compétence des tribunaux militaires aux infractions de toute nature du droit commun, en raison du lieu où elles ont été commises, aurait dû entraîner une modification de l'article 66,

faire valoir les nullités essentielles par voie d'opposition à toutes les ordonnances du Juge d'Instruction militaire.

Mais il n'est pas privé pour cela de cette autre possibilité qu'il tient de l'article 299 du Code d'Instruction Criminelle, de faire valoir les nullités qui y sont énumérées par le pourvoi contre l'arrêt de renvoi de la Chambre des mises en accusation.

Le *prévenu militaire* pourra également soumettre immédiatement à la Chambre des mises en accusation cette irrégularité de procédure qui entraîne la nullité de l'instruction : le défaut de communication de la procédure au Commissaire du Gouvernement et l'absence de réquisition (1). Ce moyen de saisir le tribunal que n'a pas le *prévenu ordinaire* est un progrès sur le droit commun.

Les ordonnances du Juge d'Instruction peuvent, d'après le droit commun, être l'objet d'un appel, jugé par la Chambre des mises en accusation, de la part du Procureur de la République. Le même droit appartient, dans la juridiction militaire, au *Commissaire du Gouvernement*, sauf pour l'ordonnance de transmission. Ce droit d'opposition à toute ordonnance a été mis en œuvre, pour la construction réalisée par la pratique, pour purger les irrégularités d'instruction. Cette question sera examinée plus loin.

A ce point de vue, Juge d'Instruction ordinaire et Juge d'Instruction militaire subissent le même contrôle du metteur en œuvre de l'action publique, réserve faite de la différence résultant des oppositions aux ordonnances statuant sur la liberté provisoire dont il a été question plus haut.

Les ordonnances de clôture peuvent être l'objet d'opposition de la part du *général commandant la circonscription territoriale*. Si l'on se reporte au rapport au Sénat de M. Poulle, sénateur, ce droit semble avoir été accordé au général en compensation de celui de délivrer l'ordre de mise en jugement, dont il disposait sous le régime de la loi de 1857.

Cependant le droit du général présente des particularités.

1. La Cour de Nancy (24 février 1931) a décidé que la communication incomplète du dossier équivalait à un défaut de communication,

Tandis que l'opposition du Commissaire du Gouvernement ou de l'inculpé doit être formée dans un délai de vingt-quatre heures, le délai d'opposition accordé au général commandant la circonscription est de cinq jours. Dès lors il était naturel qu'on assimile le pouvoir du général à celui dont dispose le Procureur Général ; l'un et l'autre, en effet, ont un délai plus étendu pour faire opposition.

Mais cette assimilation ne nous semble pas satisfaisante. En effet, le Procureur Général est le supérieur hiérarchique du Procureur de la République et c'est de cette autorité hiérarchique qu'il tient son droit de faire opposition. Or, cette explication transposée au cas du général va à l'encontre du désir du législateur. Celui-ci a voulu consacrer l'indépendance du personnel de la justice militaire, vis-à-vis de l'autorité militaire.

Aussi nous semble-t-il plus rationnel d'admettre que le pouvoir du général participe aux pouvoirs du Procureur de la République, par son droit de mettre en mouvement l'action publique en partage avec le Commissaire du Gouvernement, le premier ayant le droit de mettre en mouvement l'action publique, le deuxième ayant tous les autres droits du Procureur de la République. Dès lors il était dans la logique qu'ils disposent l'un et l'autre du droit d'opposition : c'est dans ce droit que se matérialise leur propre droit à chacun, et c'est par ce pouvoir d'opposition que leur droit à l'un et à l'autre ne se résout pas en un simple titre sans effet.

D'autre part, cette explication est corroborée par ce fait que l'on ait pu donner au général, promoteur de l'action publique, le droit de faire opposition aux ordonnances qui peuvent porter atteinte directe à l'action publique, tandis qu'on accorde au Commissaire du Gouvernement, technicien de la mise en œuvre de l'action publique, le droit plus étendu de s'opposer aux ordonnances qui peuvent avoir une action, même simplement indirecte, sur l'action publique par les entraves que peuvent lui apporter la liberté provisoire accordée inopportunément.

Dès lors se trouve résolue une autre question qui peut se

poser s'agissant de la justice militaire : le Procureur Général peut-il faire opposition aux ordonnances du Juge d'Instruction ?

En droit commun, le *Procureur Général* a le droit d'opposition aux ordonnances du Juge d'Instruction ordinaire. Il tient ce pouvoir de l'article 135 du Code d'Instruction Criminelle. Il n'y a vraiment aucune raison de lui refuser ce droit dès lors que la Chambre des mises en accusation est appelée à se prononcer ; ce serait créer une exception injustifiable aux principes généraux du droit criminel. Le ministère public près d'un tribunal peut toujours saisir d'un recours contre les décisions d'une juridiction inférieure ; il a toujours les mêmes droits que le ministère public de cette juridiction et avec un délai plus long. Et cela non en vertu des liens hiérarchiques qui lui subordonnent le ministère public près la juridiction inférieure, mais en vertu de la subordination hiérarchique des juridictions elles-mêmes.

Dès lors ne saurait être admise l'objection que l'on pourrait tirer de l'absence de subordination entre le Juge d'Instruction militaire et le Procureur Général. Cette subordination n'a pas été voulue par la loi du 9 mars 1928. Mais cette même loi a voulu faire de la juridiction du deuxième degré, de la Chambre des mises en accusation avec son Procureur Général, le supérieur hiérarchique de la juridiction du premier degré, du Juge d'Instruction militaire.

L'opposition contre les ordonnances du Juge d'Instruction, qu'elle soit exercée par le ministère public ou par le prévenu, est un véritable appel : c'est ce qu'a consacré la nouvelle dénomination donnée à cette voie de procédure par la loi du 7 février 1933. Ses effets sont les mêmes, qu'il s'agisse d'une action pénale ordinaire, ou d'une action pénale militaire : elle a le double effet habituel, effet dévolutif et effet suspensif.

L'instruction du 11 octobre 1928 s'explique sur ce point dans son article 36 : « Par suite de l'effet dévolutif de l'opposition, la Chambre des mises en accusation peut apprécier souverainement l'ordonnance qui lui est déférée, l'examiner

dans toutes ses parties, en relever toutes les irrégularités » et nécessairement, le Juge d'Instruction se trouve dessaisi de la difficulté soumise à la Cour.

Le nouvel article 135 du Code d'Instruction Criminelle, modifié par la loi du 7 février 1933, a organisé la *procédure* à suivre devant la Chambre des mises en accusation. A l'ancienne procédure secrète, est substituée une procédure non point publique, mais du moins contradictoire. « La Chambre des mises en accusation statuera, toute affaire cessante, après avoir entendu le ministère public, l'inculpé et son conseil ».

Il nous reste à examiner le rôle de la Chambre des mises en accusation, statuant sur les nullités de la procédure d'Instruction. Elle nous apparaîtra dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont reconnus à ce titre, aussi bien comme exerçant un contrôle sur les actes du Juge d'Instruction, que lui assurant le moyen de purger les nullités encourues, et lui permettant de continuer efficacement son information.

§ III

LA SANCTION DES NULLITÉS DE L'INSTRUCTION.

La loi impose au Juge d'Instruction, quel qu'il soit, l'obligation d'observer à peine de nullité expressément prévue certaines formalités. D'autre part, même en l'absence de nullité expresse, la jurisprudence estime que certaines formes sont essentielles pour la garantie des droits de la défense, et que dès lors leur inobservation entraîne également la nullité.

Ces nullités tant légales que jurisprudentielles, atteignent l'acte irrégulier et toute la procédure subséquente et ont pour conséquence l'arrêt de l'Instruction. Or, la loi n'a pas organisé les moyens de sortir de cette paralysie : les besoins de la pratique ont imposé une construction dont le centre actif est la Chambre des mises en accusation. Cette création réalisée par les juridictions pénales ordinaires n'a été ni interdite ni permise par la loi du 9 mars 1928. Dès lors,

les mêmes nécessités étant tout aussi impérieuses en matière de procédure pénale militaire qu'en matière de procédure pénale ordinaire, la jurisprudence du droit commun s'étend au droit, pénal militaire. Il n'y a, de ce chef, aucune différence à relever entre le Juge d'Instruction ordinaire et le Juge d'Instruction militaire. Cependant la construction jurisprudentielle doit subir quelques aménagements de détail, que nous noterons au passage, en exposant le mécanisme de la purge des nullités.

Les nullités dont il s'agit sont des *nullités relatives* car l'inculpé peut les couvrir en renonçant à les invoquer. Donc, comme nous l'avons indiqué, le Juge d'Instruction qui a constaté une irrégularité dans son information, a la possibilité, en provoquant cette renonciation, de purger la nullité encourue. Mais il faut obtenir l'assentiment formel de l'inculpé qui peut toujours le refuser. Or, s'il ne veut renoncer à une nullité, la loi ne lui a donné aucun moyen légal de faire prononcer sur la nullité pendant le cours de l'instruction. La faculté de saisir la Chambre des mises en accusation par voie d'opposition lui est assez étroitement accordée. Il ne peut pas davantage demander au Juge d'Instruction d'annuler l'acte irrégulier : ceci dépasse ses pouvoirs. Tout ce qu'il peut faire, se limite à saisir la Cour par un mémoire qu'il peut lui adresser lorsqu'elle sera saisie du renvoi, c'est-à-dire une fois l'instruction terminée.

Or cette impossibilité est profondément préjudiciable à l'inculpé : il va rester sous le coup de la détention préventive plus longtemps qu'il ne convient. D'autre part, il est singulier que le Juge d'Instruction reste dans l'obligation de poursuivre une instruction dont il connaît le vice. Il fallait trouver un moyen de saisir la Chambre des mises en accusation, afin qu'elle puisse annuler l'acte de procédure entaché de nullité.

La Chambre des mises en accusation peut se saisir elle-même par son *droit d'évocation*. Elle a donc ainsi un moyen de prononcer la nullité car, si la Cour a évoqué, elle est saisie du fond de l'affaire. Mais alors le Juge d'Instruction est dessaisi. Il faut alors que le conseiller désigné par la

Cour pour instruire l'affaire, délègue ses pouvoirs à un Juge d'Instruction par voie de commission rogatoire. Ce moyen n'aboutit pas à la simple annulation de l'acte vicié et ne permet pas au Juge d'Instruction de recommencer l'acte annulé et reprendre le cours de la procédure d'information.

La Cour peut être saisie par la *voie d'opposition* à une ordonnance du Juge d'Instruction. Mais alors la Cour se trouve liée par les termes de l'opposition : elle n'est saisie que d'un incident. En droit strict elle ne peut aboutir par cette voie à prononcer une nullité car elle doit, par le même arrêt, déclarer à la fois qu'un acte antérieur de la procédure est nul et par conséquent, également, l'acte qui l'a saisie, et qu'elle est cependant valablement saisie.

Deux arrêts de la Cour de cassation (8 avril 1899 et 8 décembre 1899) ont établi la voie de purge des nullités, aujourd'hui unanimement acceptée. Le Juge d'Instruction doit, disent ces arrêts, « communiquer sa procédure au Procureur de la République, à l'effet de saisir par voie d'opposition à l'ordonnance de soit-communiqué, la Chambre des mises en accusation, à *qui il appartient d'ordonner la suppression au dossier des actes déclarés nuls et de la procédure ultérieure* ».

Cette jurisprudence, critiquable en droit strict, rend possible dans la pratique la purge des nullités.

Par voie d'opposition à une simple ordonnance de soit-communiqué, ouverte au représentant du ministère public, la Chambre des mises en accusation sera saisie et pourra « ordonner la suppression au dossier des actes déclarés nuls et de la procédure ultérieure ».

Et, indirectement, l'inculpé pourra également provoquer cette annulation. Il présentera au Juge d'Instruction une requête à seule fin d'obtenir une ordonnance à laquelle il puisse faire opposition : une demande de mise en liberté provisoire s'il est détenu ; s'il est prévenu libre il pourra proposer un déclinatoire de compétence sur lequel le Juge d'Instruction statuera au plus tard dans l'ordonnance de clôture. Et par voie d'opposition à l'ordonnance statuant sur la liberté provisoire, ou sur la compétence, il saisira la

Chambre des mises en accusation qui pourra prononcer la nullité. L'inculpé militaire, auquel les facultés d'opposition sont ouvertes plus largement, pourra également saisir la chambre des mises en accusation à propos de toute ordonnance du Juge d'Instruction, en invoquant les motifs prévus à l'article 66 de la loi du 9 mars 1928, et fournir ainsi l'occasion à celle-ci d'annuler la procédure si elle le juge justifié, et l'information pourra utilement être reprise et poursuivie.

* * *

La nullité peut être découverte par la Chambre des mises en accusation lorsque, saisie par l'*ordonnance de transmission* elle examine le dossier avant de procéder au règlement d'une procédure, lorsqu'elle est chargée de décider sur la mise en jugement, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de faits punis de peines criminelles *en droit commun* ou punis de la peine de mort ou des peines de la déportation, des travaux forcés, de la détention, de la réclusion *en droit militaire*, en temps de paix et, à l'intérieur, en temps de guerre (art. 66 de la loi du 9 mars 1928).

Le ministère public, ni l'inculpé ne peuvent faire opposition à cette ordonnance de transmission : ils ne peuvent donc, à ce point de la procédure, provoquer la décision par la voie ordinaire. Cependant l'inculpé (et la partie civile en droit commun) « pourront fournir tels mémoires qu'ils estimeront convenables ». La jurisprudence admet que d'office, même en l'absence du mémoire ci-dessus, la Chambre des mises en accusation doit relever toutes les nullités, annuler l'acte vicié et renvoyer l'affaire devant le Juge d'Instruction. Elle évitera ainsi que son arrêt de renvoi devant le tribunal criminel ne soit cassé : il vaut mieux prévenir. Elle le peut tant qu'elle n'a pas statué sur le renvoi devant la juridiction de jugement ; après, elle ne le pourrait plus, l'arrêt de renvoi la dessaisissant.

L'arrêt de renvoi saisit la juridiction de jugement : il peut être l'objet d'un pourvoi en cassation. Le pourvoi doit

être introduit dans le délai de trois jours francs. Ce délai expiré sans qu'il soit formé de pourvoi, l'arrêt de renvoi devient définitif et produit ses effets complets.

Or, parmi ces effets, il en est un de la plus haute importance pour la question des nullités d'instruction. Il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation, 13 mai 1892 (*D. P.* 1893.1.129) qui a établi une jurisprudence maintes fois confirmée (*Crim.*, 20.2.1903 ; *D. P.* 1903.1.200 ; *Cass.*, 19 juin 1930 ; *Bull. crim.*, 1930, n° 273, p. 343), « les moyens de nullité relevés contre la procédure antérieure à l'arrêt de renvoi devant la Cour d'assises (et le tribunal militaire) sont couverts par le défaut de pourvoi contre cet arrêt ». D'où il résulte que « l'arrêt de renvoi, quand il est devenu définitif, purge toutes les irrégularités antérieures de la procédure » (*Cass.*, 16 juin 1894 ; *D.* 1895.1.435).

Le même effet sur les nullités subsiste si l'arrêt de renvoi saisit le tribunal correctionnel. Cet effet est attaché à la décision de la Chambre des mises en accusation.

*
* * *

L'ordonnance qui clot l'instruction peut être une ordonnance de renvoi : il en est ainsi dans les cas où il s'agit de fait entraînant une simple peine correctionnelle, que l'information ait été faite par le Juge d'Instruction ordinaire ou un Juge d'Instruction militaire. Aux armées, l'instruction, même en cas de peine criminelle, se clot par une ordonnance du Juge d'Instruction.

La juridiction de jugement est alors directement saisie par l'ordonnance du Juge d'Instruction sans qu'intervienne un arrêt de la Chambre des mises en accusation. Dès lors se pose la question de savoir comment vont être purgées les nullités de l'instruction qui ne l'auront pas été par une opposition soumise à la Chambre des mises en accusation. L'ordonnance n'a pas, en effet, les mêmes vertus que l'arrêt de la Cour.

La difficulté se complique du fait que dans la rigueur des principes juridiques, la juridiction de jugement n'a pas

de pouvoir supérieur à ceux de la juridiction d'instruction. A l'appliquer strictement, ce système logique aurait comme conséquence d'enlever à l'inculpé tout moyen de faire prononcer les nullités qui auraient été encourues au cours de l'instruction. Et le tribunal correctionnel, comme le tribunal militaire, se trouverait alors dans la situation paradoxale d'être dans l'obligation de se prononcer, sachant que sa décision est irrémédiablement nulle.

C'est encore la jurisprudence qui a apporté la solution à cette situation. La Cour de cassation a décidé à plusieurs reprises (1) que le tribunal saisi du fond possède le pouvoir de prononcer la nullité d'un acte d'information. Donc le tribunal correctionnel visé dans ces arrêts possède le droit d'annulation.

Faut-il l'étendre au tribunal militaire ? Selon une opinion, il ne le faudrait pas : le tribunal militaire, dit-on, n'est pas composé comme le tribunal correctionnel de juges professionnels et il serait inadmissible que l'on puisse l'appeler à décider sur une question de nullité, question de droit. D'autre part, dit-on, encore, le prévenu militaire peut, contrairement à ce qui se passe en droit commun, faire opposition à l'ordonnance de renvoi : il n'avait qu'à utiliser cette voie de droit.

Mais ces raisons ne nous paraissent pas décisives.

L'absence de juge professionnel n'est pas complète, du moins en temps de paix, puisque le Président du Tribunal militaire est un juge professionnel. D'autre part la faculté d'opposition n'est accordée au prévenu militaire que dans des cas bien déterminés (art. 66 de la loi du 9 mars 1928) qui ne comprennent pas les nullités encourues pendant l'instruction.

Il n'y avait pas de décision bien nette sur la question. Cependant, il semblait résulter de décisions prises par la Cour de cassation sur des pourvois contre des jugements de condamnation, que le tribunal militaire ne pourrait se

1. Cass., 4.2.1808 ; Bull., n° 43, — 25.6.1898 ; Bull., n° 23, — 528.7.1900 ; Bull., 258.

prononcer sur les nullités d'instruction. En effet, la Cour de cassation avait admis à son examen des moyens pris de la violation des formes de l'instruction même non soumises au tribunal militaire (Cass., 2 mars 1929 ; *Bull.*, n° 76, 10. 4. 1930 ; *Bull.*, n° 117). En sens contraire : le tribunal militaire de Nancy (26. 2. 30, affaire Stephan) avait pris une décision semblant impliquer qu'il s'estimait en droit d'examiner la régularité des actes d'instruction.

La Cour de cassation a été appelée à se prononcer (Cass., 24 novembre 1930 ; *Bull. crim.*, 1930, n° 278, p. 542). Elle a décidé que le tribunal militaire a, comme le tribunal correctionnel, le *droit d'annuler l'ordonnance de renvoi* du Juge d'Instruction pour lui permettre de réparer les irrégularités de l'instruction.

Enfin, la nullité des actes d'instruction peut-elle être demandée après le jugement du tribunal ? On s'oppose à cette prétention de l'inculpé en lui objectant qu'en omettant de l'invoquer devant le tribunal, il a tacitement renoncé au droit de s'en prévaloir. Cette nullité ne pourrait donc être produite pour la première fois en cassation. C'est ce qui résulte de l'arrêt précité du 24 novembre 1930.

Ainsi la construction jurisprudentielle, aboutissant à la purge des nullités d'instruction, trouve son application complète dans la juridiction militaire et les garanties que la loi a accordées aux inculpés sont rendues efficaces, étant pourvues de sanctions.

Conclusions.

De notre étude des pouvoirs du Juge d'Instruction, dans la procédure pénale ordinaire et dans la procédure pénale militaire, nous tirerons diverses conclusions.

Une première est relative à la *forme* qu'ont reçue les dispositions législatives se rapportant à la procédure militaire. Les unes sont rédigées spécialement, d'autres se réfèrent aux lois du droit commun : Code de procédure criminelle, lois spéciales réglant la procédure. Il en résulte des confusions, que s'attache à faire disparaître d'une part dans ses séances mensuelles le Comité technique de la justice militaire, d'autre part la jurisprudence de la Cour de cassation : ils n'y arrivent pas toujours, et la solution reste incertaine. Il semble que si le législateur s'était tenu à l'objectif que lui proposait le projet du Gouvernement, d'assimiler la procédure devant les tribunaux militaires à celle du droit commun, les incertitudes seraient moins fréquentes. Le point de départ étant fixé, seules les différences adoptées auraient dû donner matière à un texte législatif. Au lieu de procéder ainsi, le législateur a répété des dispositions du droit commun, sous une forme différente, d'où une source de confusions. Et comme les nouveaux textes ont été adoptés sans discussions, sans même que le Rapporteur s'explique toujours sur les modifications apportées, il n'existe aucun moyen permettant de rechercher exactement soit ce qu'il a voulu, soit pourquoi il l'a voulu.

A l'opposé, des modifications au texte primitif ont été apportées au cours de la discussion publique. Il en résulte, de ces *improvisations*, que les conséquences n'ont pas toutes été envisagées. Cette façon de procéder, devenue un usage

courant dans nos Chambres législatives, aboutit à faire édicter dans le texte d'une loi, aussi importante que celle du 9 mars 1928 avec 272 articles, des dispositions inconciliables entre elles. Beaucoup ont déjà disparu par les modifications apportées par la loi du 4 mars 1932. Il en subsiste encore, mais il sera, dans un avenir assez rapproché, demandé aux Chambres de les faire disparaître complètement ; une enquête est en cours : les parquets militaires ont été invités, par le Ministère, à lui faire connaître les modifications qu'ils désireraient voir apporter par le pouvoir législatif au Code de Justice Militaire du 9 mars 1928.

Ces observations de forme mises à part, il nous reste à conclure au *fond* sur les *pouvoirs respectifs* du magistrat civil et du magistrat militaire. Il semble que l'on puisse dire que, compte tenu des situations différentes, le législateur a doté le Juge d'Instruction militaire, pour remplir sa mission, de moyens analogues à ceux dont dispose le Juge d'Instruction du droit commun.

Les différences essentielles qui subsistent ne pouvaient pas être atténuées plus qu'elles ne l'ont été. Une première différence tient au maintien, mais considérablement amoindri, des pouvoirs traditionnels du général commandant la région territoriale. On ne pouvait complètement les faire disparaître.

La tradition était trop ancienne et trop bien établie. On ne pouvait moins faire de conserver au général un *droit de regard* dans une procédure dont jusque-là il avait été le centre, ayant seul le pouvoir de décision, et dont les décisions étaient sans appel. Et puis toute la juridiction militaire se propose la sanction de faits constituant pour la plupart des faits spécifiquement militaires, punis par la loi pénale militaire, loi d'exception, que justifie la seule nécessité. La nécessité disparaissant d'obtenir l'obéissance « sans murmure », les faits de désobéissance se résolvent en manifestations de la liberté humaine. Les fautes militaires sont fautes sous condition. Et l'intervention du général, avant la procédure pour délivrer l'ordre d'informer équivalant à la reconnaissance que la condition de nécessité de

poursuivre existe ; en fin de procédure son intervention, qui pourrait alors si elle était directe, paraître oppressive, sera simplement indirecte, le pouvoir de décision restant à une juridiction. Le général demande au nom de l'intérêt supérieur de l'armée, que la première décision de la juridiction d'instruction soit soumise à un nouvel examen : il affirme à nouveau la nécessité de la répression.

Enfin nous devons relever en terminant, cette autre différence entre les deux procédures ; celle se rapportant à la *détention préventive*. Les pouvoirs du juge militaire sont beaucoup plus étendus que ceux du Juge d'Instruction du droit commun. La différence a encore été accrue du fait de l'intervention législative du 7 février 1933. Malgré cette tendance, d'ailleurs très inopportune, vers l'augmentation des moyens de garantie de la liberté individuelle, nous estimons que l'absence presque complète de garantie dans la procédure militaire s'explique, nous allions dire se justifie. La différence tient aux différences de situation tant du juge que du prévenu et de la détention préventive elle-même.

Nous avons exposé les effets de la détention préventive en procédure pénale militaire ; nous avons dit que généralement elle ne sert pas à faire cesser la liberté individuelle. La mise en détention préventive ne porte pas atteinte à la liberté individuelle du militaire prévenu, sa liberté est atteinte sans cela ; la détention préventive est une *formalité* de bonne administration de la justice.

Les pouvoirs du juge sur ce point n'ont pas une *portée* comparable ; la détention préventive est pour le Juge d'Instruction ordinaire exigée par les besoins de rechercher la vérité que pourrait rendre difficile à manifester les agissements d'un prévenu libre d'aller et de venir. Pour le juge militaire, c'est le moyen d'avoir le prévenu à sa disposition pour l'interroger plus commodément. Il n'est pas, ou plutôt, il est moins à redouter que le prévenu militaire puisse utiliser sa liberté à faire disparaître les preuves de sa faute : il jouit, étant militaire, dans une mesure bien moindre, de la liberté individuelle.

Enfin de cette étude des pouvoirs dont dispose le magis-

trat nous tirerons cette conception de la *fonction d'instruction*. Le Juge d'Instruction est un arbitre entre le prévenu et le ministère public. Il devrait donc se tenir au-dessus des intérêts pour collaborer à la manifestation de la vérité et apporter à l'œuvre judiciaire la collaboration d'une conscience indépendante. En est-il bien ainsi dans la pratique ? Nous estimons qu'il a plutôt une tendance à se considérer comme collaborateur du parquet. Cette déviation de la fonction d'instruction tient à ce que, avec les lois en vigueur, l'égalité a été rompue en faveur de l'inculpé, entre les parties en présence.

Et nous constatons dans la procédure d'instruction un phénomène semblable à celui qui se produit devant la juridiction de jugement (1). Là, le tribunal et le jury devraient se tenir au-dessus des parties : la défense et le ministère public. Or, le Président qui dirige la procédure, se présente par ses questions plutôt comme l'auxiliaire du ministère public ; par réaction le jury prend le parti de la défense.

Les institutions ne valent que par les hommes qui sont chargés de les appliquer.

1. *Un bâtard de la Révolution : le jury*, par Henri Selden Baron dans *Revue politique et parlementaire*, 10 janvier 1933, p. 71.

Vu : le Président de la thèse,

HUGUENEY.

Vu : le Doyen,

E. ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :
le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

A. — Recueils de législation.

Journal militaire contenant :

- 1° les ordonnances du Roi et les décrets sur l'armée ;
- 2° les nominations nouvelles aux grades et emplois militaires ;
- 3° l'annonce ou extrait des ouvrages qui paraissent sur l'art. militaire ;
- 4° les faits et anecdotes militaires, intéressants à connaître ;
- 5° et enfin les nouvelles diplomatiques et militaires de toutes les nations de l'Europe et celles des autres parties du monde qui ont des rapports avec elles, par M. Gournay. Paris.

Bulletin officiel du Ministère de la Guerre, édition méthodique et chronologique. Charles Lavauzelle et Cie, éditeurs. Paris.

B. — Bibliographie générale.

a) Historique.

Audoin (X.). — Histoire de l'administration de la guerre. Paris, 1811.

Boutaric (E.). — Institution militaire de la France. Paris, 1863.

Chassegnet (L.-M.-M.). — Essai historique sur les institutions militaires. Paris, 1869.

Dussieux (L.). — L'armée en France. Histoire et organisation. Versailles, 1884.

Esmein (A.). — Histoire de la procédure criminelle en France. Paris, 1882.

Hiver. — Histoire des institutions judiciaires de la France de 1782 à 1848. Paris, 1848.

Hugueney (Pierre). — Traité théorique et pratique de droit pénal et de procédure pénale militaire. Paris, 1933.

Picq (A.). — La législation militaire de l'époque révolutionnaire. Thèse Paris, 1931.

Thomas (Général). — Les transformations de l'armée française.

Tripier (Louis). — Code de Justice militaire, 2^e édition. Paris, 1879.

b) Critique.

Aghlaon. — Manuel pratique du Juge d'Instruction. Paris, 1924.

Béquet (Léon). — Répertoire du droit administratif. Paris, 1903.

Letort. — La réforme de la Justice militaire. Thèse Alger, 1928.

Mémin (Pierre). — L'interrogatoire par le Juge d'Instruction, 1926.

Pagès (E.-L.). — Les incidents et les exceptions devant les tribunaux militaires. Nancy, 1931.

Ricolfi. — Le Code de Justice militaire du 9 mars 1928. Historique, discussion devant le Parlement. Principes de la réforme. Commentaires. Texte de la loi.

Schmit (Gilbert). — Le rôle de la Chambre des mises en accusation en matière de procédure pénale militaire. Nancy-Metz, 1931.

Taillefer. — La Justice militaire dans l'armée de terre. Historique. Etat actuel, organisation, compétence, procédure en France et dans les principaux pays. Thèse Paris, 1925.

C. — Périodiques.

Recueil Dalloz.

Recueil hebdomadaire de jurisprudence.

Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.

Bulletin législatif Dalloz.

Revue militaire française.

Revue de l'infanterie.

Revue de l'intendance.

Revue politique et parlementaire.

Revue des Deux-Mondes.

Revue de Paris.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE	5
INTRODUCTION	9
CHAPITRE I. — <i>Historique de la procédure d'instruction</i>	16
§ I. La procédure criminelle dans l'ordonnance d'août 1670..	17
§ II. La procédure d'instruction pendant la période inter- médiaire	20
1 ^o l'organisation provisoire	22
2 ^o l'introduction du jury	27
3 ^o la loi du 7 pluviôse an IX	40
§ III. Le Code d'Instruction Criminelle de 1808, les lois posté- rieures, la procédure devant les tribunaux militaires....	44
CHAPITRE II. — <i>La personne du Juge d'Instruction civil et du Juge d'Instruction militaire</i>	56
§ I. Condition de recrutement des Juges d'Instruction.....	56
§ II. L'inamovibilité des juges et le statut des officiers.....	61
§ III. Mise en œuvre des obligations.....	65
1 ^o l'action disciplinaire.....	65
2 ^o la responsabilité pénale.....	74
CHAPITRE III. — <i>La saisine du Juge d'Instruction</i>	92
§ I. Par qui et comment le Juge d'Instruction est valablement saisi	92
§ II. Etendue du droit de saisine du général commandant.	97
§ III. Etendue de la saisine du Juge d'Instruction.....	102
CHAPITRE IV. — <i>Droits du Juge d'Instruction sur la personne de l'inculpé</i>	121
§ I. Les mandats.....	122
§ II. L'interdiction de communiquer.....	128
§ III. La mise en liberté provisoire.....	130
CHAPITRE V. — <i>Limitation des pouvoirs du Juge d'Instruction par les droits de la défense</i>	139
§ I. Organisation de la défense.....	140

§ II. Les droits de la défense pendant l'Instruction.....	147
§ III. La sanction des droits de la défense.....	158
1 ^o les nullités	159
2 ^o caractères des nullités	167
CHAPITRE VI. — <i>La limitation des pouvoirs du Juge d'Instruction par les pouvoirs de la juridiction du second degré.....</i>	169
§ I. La Chambre des mises en accusation juge du renvoi en matière criminelle.....	171
§ II. L'appel des ordonnances du Juge d'Instruction.....	179
§ III. La sanction des nullités de l'instruction.....	185
CONCLUSIONS	192
BIBLIOGRAPHIE.....	196

